

DU NÉGATIONNISME
AU DEVOIR DE MÉMOIRE :
L'HISTOIRE EST-ELLE PRISONNIÈRE
OU GARDIENNE DE LA LIBERTÉ
D'EXPRESSION ?

PAR

KENNETH BERTRAMS

HISTORIEN

CHERCHEUR QUALIFIÉ AU FRS-FNRS —
UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

ET

PIERRE-OLIVIER DE BROUX

HISTORIEN ET AVOCAT

ASSISTANT AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

Les liens entre l'histoire et la liberté d'expression sont étroits. Cette liberté est en effet essentielle pour assurer la liberté de la recherche historique, le développement de celle-ci et la publication des résultats qu'elle livre (1). L'historien, amateur ou professionnel (2), doit pouvoir enquêter et s'exprimer sur tout, le champ historique ne semblant *a priori* limité que par l'avenir.

La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Selon l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle peut être limitée par des mesures considérées comme «*nécessaires dans une société démocratique*». Et c'est au

(1) Selon la Cour européenne des droits de l'homme, «*la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression*» (Cour eur. D.H., arrêt du 29 juin 2004, *Chauvy et autres c. France*, §69). A titre d'introduction, voy. également A. CALLAMARD, «*A-t-on le droit de tout dire*», *Le Monde Diplomatique*, avril 2007.

(2) Pour une parfaite compréhension de la présente contribution, il convient de noter que l'utilisation ultérieure du terme «*historien*» renvoie à ces deux acceptions d'amateur et de professionnel; c'est la méthode suivie, plus que le diplôme, qui nous paraît conférer au sens large la qualité d'historien.

nom d'une prétendue nécessité de répondre à des besoins sociaux spécifiques que des mesures législatives de plus en plus nombreuses interviennent dans le champ de l'histoire, restreignant plus ou moins directement, de manière plus ou moins consciente, la liberté de la recherche.

Depuis la fin des années 1980, les relations entre histoire, mémoire et droit se sont en effet «emballées». Si ces rapports étaient déjà complexes sur un plan strictement bilatéral, leur interconnexion a débouché sur une forme d'«ascension aux extrêmes» de nature à brouiller les pistes d'une réflexion plus commune et générale. La production récente de formules relativement floues et polémiques («lois mémorielles», «judiciarisation du passé», «diktat mémoriel») n'a certes rien fait pour apaiser les termes du débat (3). On serait bien en peine de leur fournir une définition univoque. Cela dit, malgré leur imprécision, ces appellations n'en demeurent pas moins révélatrices pour pouvoir affirmer avec certitude que *quelque chose s'est passé* dans le commerce du droit avec l'histoire, de la justice avec la mémoire, de l'Etat avec son passé. Cet événement a ceci de particulier et de neuf qu'il sort précisément du registre restreint de l'instrumentalisation de l'histoire, un registre aussi ancien que la discipline historique elle-même (4). Il se caractérise, par une inflation des opinions et des passions — un «emballement» noté plus haut — et par une extension du cadre social — ainsi, la question épineuse des relations histoire-mémoire a-t-elle débordé de son lit épistémologique pour constituer un véritable enjeu identitaire. C'est la raison pour laquelle il faut aller chercher ailleurs que dans la prétendue «crise» des sciences historiques les racines de ce phénomène (5).

(3) Une encyclopédie virtuelle très populaire définit péremptoirement une loi mémorielle comme étant «une loi déclarant, voire imposant, le point de vue officiel d'un Etat sur des événements historiques» (v° loi mémorielle, <http://fr.wikipedia.org> [consulté le 21 septembre 2007]).

(4) «S'inscrivant dans la durée, la politique se réfère nécessairement au passé, que ce soit pour s'en dissocier ou pour y puiser à pleines mains exemples et arguments... Rien n'est plus banal que l'instrumentalisation du passé» (R. RÉMOND, «L'Histoire et la Loi», *Etudes*, juin 2006, p. 763, cité par J.P. NANDRIN, «Politique, mémoire et histoire : trio infernal», *Politique*, n° 47, (Numéro spécial «L'injonction faite à l'histoire. La loi doit-elle sanctionner les vérités historiques?»), décembre 2006, p. 12).

(5) Voir, pour le cas français, G. NOIRIEL, *Sur la «crise» de l'histoire*, Paris, Belin, 1996; J. CANDAU, *Mémoire et identité*, Paris, PUF, 1998.

Cette recherche constitue une première étape de la présente contribution. Elle passe d'abord par un bref examen des principaux facteurs de cette évolution des relations entre mémoire, histoire et droit (1.). Les relations du législateur et du juge avec le passé seront ensuite cataloguées (2.). En insistant enfin, d'une part, sur l'historicité des ces dispositifs législatifs spécifiques, c'est-à-dire en investiguant le contexte et les conditions des débats au moment de leur genèse, et d'autre part, en privilégiant la voie d'une comparaison transnationale, nous tenterons de décrire et de comprendre le paysage fortement morcelé et hétérogène des «lois mémorielles» (3.). Comme le note l'un des observateurs les plus nuancés de la question, l'historien Benjamin Stora, il serait pour le moins absurde, en effet, de «vouloir réaffirmer des principes abstraits pour l'écriture de l'histoire, en faisant abstraction de l'Histoire elle-même. (...) Ces lois [mémorielles] ne sont pas fabriquées hors du temps et de l'espace!» (6).

Au travers de cette analyse, nous chercherons alors à dépasser les limites ainsi assignées par le droit à l'histoire, à échapper à «l'emprisonnement» que constitueraient ces limites (4.). Dans ces domaines si sensibles, l'histoire ne pourrait-elle pas en effet être elle-même garante, «gardienne», d'une liberté d'expression plus justement limitée et mieux à même de répondre aux besoins identitaires et sociaux qui surgissent aujourd'hui ?

1. — LES RELATIONS DE LA MÉMOIRE, DU DROIT ET DE L'HISTOIRE : QUELQUES REPÈRES

A. — *Un enjeu socio-culturel : l'émergence du «devoir de mémoire»*

S'il ne fait aucun doute que les sorties de guerre ont toujours été propices au développement d'un culte du souvenir plus ou moins organisé et orienté, le régime de la mémoire qui s'est propagé à la suite de la Seconde Guerre mondiale étonne, cer-

(6) B. STORA, «L'Histoire ne sert pas à guérir les mémoires blessées», *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 85 (Numéro spécial «Usages publics de l'Histoire en France»), janvier-mars 2007, p. 12.

tes, par son intensité, mais plus encore par la pluralité de ses composantes. Les raisons en sont multiples. Parmi celles-ci, il convient de pointer le caractère universel de la guerre mondiale, qui a engouffré des millions de civils par-delà leur appartenance nationale sur la base de critères prétendument ethniques ou socio-culturels. En outre, la politique d'extermination ciblée de ces groupes, et des Juifs en particulier, a été accomplie systématiquement et méthodiquement, c'est-à-dire qu'elle a été mise en œuvre selon des caractéristiques qui s'apparentaient jusque-là à des valeurs fondatrices de la modernité. Enfin, le sort confus et inapproprié réservé aux victimes et aux rescapés de la guerre, à l'issue de celle-ci, a engendré les conditions d'une incubation pénible des mémoires refoulées. Il a fallu plusieurs années, voire plusieurs décennies, pour ôter les soupapes qui les maintenaient cloîtrées. Celles-ci se sont alors répercutées, par ondes de choc, sur l'ensemble des mémoires menacées, impliquant d'autres groupes sociaux puisant leurs références dans d'autres événements historiques. Ainsi, bien qu'elle soit souvent invoquée, l'idée d'une perte des repères identitaires qui coïncide avec le déclin des idéologies transcendantales fournit-elle une explication nécessaire mais pas suffisante de l'émergence du régime actuel de la mémoire.

Le regain du phénomène négationniste à la fin des années 70 s'est accompagné de la mise en place de contre-feux mémoriels dont les effets tangibles n'ont pas été immédiats. Au niveau des mentalités, ils se sont traduits par l'introduction et le débordement de la notion de «devoir de mémoire». Comprise à l'origine, sous la plume de Primo Levi et d'autres, comme une injonction invitant les rescapés des camps à témoigner de leur expérience concentrationnaire, à ne pas demeurer dans le registre de l'indicible, le «devoir de mémoire» s'est peu à peu transformé en un dogme performatif aliénant (7). Et les historiens, qui croyaient avoir trouvé en la mémoire un concept de complaisance, se sont retrouvés happés par elle. La trajectoire des *Lieux de mémoire*, vaste entreprise éditoriale réalisée dans les années 80, illustre ce renversement des valeurs. Le bilan qu'en dresse son instigateur, Pierre Nora, dans un article qui clôt la série et qu'il

(7) H. ROUSSE, *La hantise du passé. Entretien avec Philippe Petit*, Paris, Textuel, 1998, pp. 42-44.

a intitulé «L'ère de la commémoration», est assez révélateur de la perplexité de l'éditeur : *«Etrange destinée de ces lieux de mémoires : ils se sont voulus, par leurs démarches, leurs méthodes et leurs titres mêmes, une histoire de type contre-commémoratif, mais la commémoration les a rattrapés. (...) L'outil forgé pour la mise en lumière de la distance critique est devenu l'instrument par excellence de la commémoration»* (8).

Plusieurs dizaines d'années après les faits, victimes, bourreaux et témoins quittent la scène. Des associations de descendants de victimes s'organisent pour mettre en œuvre des initiatives «citoyennes» qui visent à sauvegarder et transmettre la mémoire de leurs aïeux qu'ils estiment menacée (d'oubli ou de déformation). La montée en puissance des associations mémorielles autour de l'esclavage et de la colonisation en constitue aujourd'hui le paradigme. Ce mouvement est lié au déclin de l'idée de nation ou de patrie, auxquelles a succédé *«l'émergence de puissants mouvement d'émancipation de groupes sociaux, chacun revendiquant sa mémoire et la reconnaissance de cette mémoire par la nation»* (9). *«En d'autres termes, le trop-plein mémoriel qui commence à surgir dans les années 1990 fonctionne comme un symptôme : on se tourne vers le passé de son propre groupe dans une panne de projet d'avenir! (...) Nous sommes donc entrés dans une période où se fortifient des groupes communautaires en construction et en redéfinition perpétuelle : mais la construction de soi passe par les revendications mémorielles»* (10). Le risque de repli communautaire, *«un phénomène mondial en relation avec la crise des idéologies transnationales»*, est de plus en plus mis en exergue.

Les lacunes de la recherche historique sont également pointées du doigt. Le reproche n'était pas infondé initialement. Mais il ne se justifie plus aujourd'hui. En s'appuyant sur les documents rassemblés par et pour le procès de Nuremberg,

(8) P. NORA, «L'ère de la commémoration», dans ID. (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. III : *Les France*, vol. 3 : *De l'archive à l'emblème*, Paris, Gallimard, 1992, p. 977.

(9) J.P. NANDRIN, *loc. cit.* (v. note 4), p. 13. C'est cependant sans légitimité aucune que pareilles associations limiteraient la liberté de recherche des historiens en proclamant par exemple, tel ce collectif français le 15 décembre 2005, que *«les traites négrières et l'esclavage sortent du champ de l'histoire, car reconnus comme crime contre l'humanité»*, abusant ainsi de la mémoire qu'ils entendent défendre ou promouvoir (F. CHANDERNAGOR, «Historiens, changez de métier!», *L'Histoire*, n° 317, février 2007, p. 58).

(10) B. STORA, *loc. cit.* (v. note 6), p. 11.

l'historiographie d'après-guerre a effectivement généré une «logique juridique» qui a mis davantage l'accent sur les mécanismes du système d'oppression que sur les stratégies de survie ou de résistance. La connaissance des bourreaux s'est faite, en quelque sorte, «au détriment» des victimes. Mais, depuis les années 80 et en partie grâce au sursaut produit par les associations, la tendance historiographique s'est rééquilibrée; elle s'est même inversée de nos jours. La même tendance est perceptible, depuis les années 90, dans l'étude des traites négrières, accusée jusqu'alors d'avoir fait œuvre d'*amnésie collective*.

Toutefois, les effets pervers de la propension victimologique sur le plan historiographique sont nombreux (11). Un premier danger est d'aboutir à une forme inattendue d'apologie. La vision d'une multitude de victimes confrontées à des bourreaux sans visage n'est pas seulement fautive historiquement, elle est susceptible de diluer la chaîne des responsabilités historiques (ainsi la croyance du «double génocide» au Rwanda par une frange de la communauté hutue). Deuxièmement, le risque est grand de ne plus faire de la connaissance historique un outil d'émancipation mais un objet d'aliénation. On renoue ici avec les limites d'une conception dénoncée par Nietzsche comme la marque de l'histoire «antiquaire» ou d'une histoire «fardeau» (12). Enfin, plus généralement, s'en tenir à une grille d'opposition victimes/bourreaux, là où il conviendrait plutôt de dégager des structures et des variables, réduit la complexité de ce siècle et bascule le rôle de l'histoire de la sphère de la compréhension vers celle du jugement. Ce qui s'avère contre-productif pédagogiquement, surtout à l'heure de la réhabilitation des visions manichéennes. Dès lors, sans être antinomique pour autant, le couple mémoire-histoire, qui confronte une exigence existentielle d'absolu à une démarche intellectuelle de relation, ne fait pas bon ménage (13). «*Loin d'être l'indice de*

(11) Voir J. GOTOVITCH, «Pour la liberté de la recherche», *Politique*, n° 47, décembre 2006, pp. 9-12.

(12) F. NIETZSCHE, *De l'utilité et de l'inconvénient des études historiques pour la vie, Seconde considération intempestive*, trad. H. ALBERT, Paris, Flammarion, Collection Garnier, 1998.

(13) Nous ne visons évidemment pas les travaux d'histoire (sociale ou culturelle) de la mémoire, qui prennent la mémoire collective pour objet d'analyse dans ses effets sur la reconfiguration des liens sociaux. Sur le rapport antinomique, voir E. TRAVERSO, *Le passé, mode d'emploi. Histoire, mémoire, politique*, Paris, La Fabrique, 2006, pp. 12-36.

la disparition du débat, la notion de 'devoir de mémoire' et corrélativement la critique qui lui est faite, apparaissent comme celui de la permanence de la dimension politique, conflictuelle et polémique de l'évocation du passé. A charge pour les historiens de formuler une histoire qui allie unité et diversité» (14).

B. — *Un enjeu juridique :
l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*

A l'instar du devoir de mémoire, ce sont les atrocités commises durant la Seconde Guerre mondiale qui ont fait prendre conscience de la nécessité sociale de rendre certains crimes imprescriptibles.

L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et des génocides est depuis prévue, implicitement ou expressément, par diverses conventions internationales (15), elles-mêmes transposées en droit national. Elle s'étendrait tant à l'action publique qu'à l'action civile (16). Elle signifie que le crime peut être puni aussi longtemps que vit le criminel. Ce régime traduit à la fois «*l'ouverture du droit pénal — tant vers l'avenir (comme promesse de justice) que vers le passé (comme volonté de mémoire) — et l'ambition de l'Etat d'instituer le lien social. (...) jamais le temps n'effacera les blessures que les crimes les plus graves ont ouvertes*» (17).

Si cette notion pose question du point de vue du droit (18), elle a également des implications non négligeables dans la

(14) S. GENSBURGER, M.C. LAVABRE, «Entre 'devoir de mémoire' et 'abus de mémoire' : la sociologie de la mémoire comme tierce position», dans *L'histoire entre mémoire et épistémologie. Autour de Paul Ricoeur*, B. MÜLLER (dir.), Lausanne, Editions Payot, 2005, p. 96.

(15) Voy. P. MERTENS, «L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans les travaux du Conseil de l'Europe et dans la Convention de l'ONU», dans *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisations*, Bruxelles, Bruylant et éditions de l'ULB, 1988, pp. 68-73.

(16) Sommaire de l'arrêt de la Cour de cassation française, 1^{er} juin 1995 (affaire *Touvier*), *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 421, 1^{er} février 2006. Comme indiqué à la note 18, l'extension de l'imprescriptibilité à l'action civile nous paraît fort contestable.

(17) A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 55.

(18) D'un point de vue théorique, le droit pénal ne serait plus approprié pour connaître des crimes inexpiables et impardonnables (C.N. ROBERT, «La criminalisation du monde», dans *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, dir. M. HENZELIN, R. ROTH, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 343). D'un point de vue pratique, l'imprescriptibilité pose tout autant question lorsqu'elle est appliquée à l'action civile menée contre une personne morale reconnue responsable de crime contre l'humanité (elle a été invoquée par des descendants de déportés ayant introduit une action en responsabilité dans la

société : « *l'imprescriptibilité du péché enclenche une mécanique du sacrilège* » (19). L'opinion publique semble comprendre cette notion comme la possibilité de punir le crime même après la mort du criminel : on hérite du crime du passé : « *la responsabilité du crime passe aux descendants supposés, pris collectivement, c'est-à-dire à toute une nation d'aujourd'hui (...) Rappelons, à titre de comparaison, qu'à Nuremberg on n'avait pas jugé l'Allemagne éternelle, on avait jugé 22 chefs nazis...* » (20).

Par ailleurs, le délai illimité ouvert au juge incite celui-ci à faire appel — puis recourir à — l'historien, lorsque le temps écoulé depuis la commission du crime est trop long : « *Ce sont les juges qui se sont mis à jouer aux historiens en abandonnant la délimitation traditionnelle de leurs compétences aux faits récents, par l'introduction de la notion inédite de l'imprescriptibilité. (...) En investissant le passé, les juges ont été contraints de faire appel aux historiens* » (21). Ce n'est pas tant un choix volontaire des juges : c'est la loi qui leur a imposé ce rôle. « *Comme si le juge, mieux que l'historien, pouvait renforcer le devoir de mémoire, comme si la formule exécutoire qu'il inscrit au bas de son jugement était apte à inscrire dans nos esprits une marque que l'histoire n'y met plus* » (22).

Tel est donc le propre de la loi d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité : offrir un régime de « temporalité suspendue », étrangère à la durée dont s'occupe l'histoire. Ce faisant, elle institue l'annulation de l'extinction de l'action publique pour des faits « *non seulement en cours d'extinction, mais déjà éteints* » (23). La création de ce concept juridique, s'il

dans la déportation contre la SNCF : voy. Trib. admin. Toulouse, 6 juin 2006, *infra*, note 82). Il semble difficilement concevable que, par exemple, l'Etat français doive éternellement dédommager les descendants des victimes non encore indemnisées du régime de Vichy : à quelle génération de descendants faudra-t-il s'arrêter ? Et inversement, jusqu'à quel crime pourrait-on remonter ?

(19) F. CHANDERNAGOR, *loc. cit.* (v. note 9), p. 59.

(20) F. CHANDERNAGOR, *loc. cit.* (v. note 9), p. 60.

(21) P. LAGROU, « L'histoire du temps présent en Europe depuis 1945. Ou comment se constitue et se développe un nouveau champ disciplinaire », *Revue pour l'histoire du CNRS*, n° 9, novembre 2003, repris dans *Cahiers du CRHIDI*, 23-24 (« Bilans critiques et historiographiques en histoire contemporaine »), 2005, p. 172.

(22) P. MARTENS, « Temps, mémoire, oubli et droit », dans *L'accélération du temps juridique*, dir. Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 734.

(23) D. BENSÂID, *Qui est le juge ? Pour en finir avec le tribunal de l'Histoire*, Paris, Fayard, 1999, p. 27. Pour la citation, Y. THOMAS, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, n° 102, 1998, p. 28.

n'empiète pas sur la recherche historique, ouvre néanmoins une voie d'intervention parallèle sur le passé, comparable à la démarche historique. A tel point que l'historien est souvent appelé dans le prétoire.

C. — *Un enjeu historien :
l'histoire du temps présent*

L'apparition de l'histoire dans les champs politiques, judiciaires, médiatiques ou associatifs ne s'est pas faite sans les historiens. Tirailés entre les objectifs poursuivis par ces institutions et la nécessité d'une recherche historique objective, ils n'ont cessés d'être « *commentateurs, arbitres et experts des médias, des tribunaux, des gouvernements et des parlements* », au détriment parfois, comme le souligne Pieter Lagrou, de leur potentielle « *influence historiographique* ». Elle a renforcé d'autre part le « *pouvoir de l'historien-expert dans la société actuelle et (...) sa contribution à une moralisation de la vie publique* » (24).

Elle a également engendré de nombreux débats relatifs aux rapports de l'histoire avec ces différents champs (25), obligeant les historiens à réfléchir sur leur rôle dans la société, à théoriser leurs méthodes et leurs rapports avec la mémoire et les représentations particulières à chaque groupe d'individus d'événements historiques. On l'a vu, du « *devoir de mémoire* » au « *passé qui ne veut pas passer* » (26), qui est une des traductions dérivées de l'imprescriptibilité, se trame, de manière pernicieuse, une guerre de reconnaissance des mémoires légitimes à laquelle seul le recours à la sanction légale semble mettre un terme. L'enjeu mémoriel est de taille, aussi bien pour la « *demande sociale* » que pour la « *corporation des historiens* »,

(24) P. LAGROU, « L'histoire du temps présent en Europe depuis 1945 », *loc. cit.* (v. note 21), pp. 172-174, et l'intéressant exemple issu du rapport établi par des historiens allemands sur « l'Etat SS », dans le cadre du procès de Francfort en 1964.

(25) J.P. NANDRIN, *loc. cit.* (v. note 4), pp. 14-15. Voy. G. ZELIS (dir.), *L'historien dans l'espace public. L'histoire face à la mémoire, à la justice et au politique*, Lovreval, Editions Labor, 2005.

(26) Il s'agit de l'intitulé de l'article polémique de l'historien Ernst Nolte qui mit le feu aux poudres de l'*Historikerstreit* : « Die Vergangenheit, die nicht vergehen will. Eine Rede, die geschrieben, aber nicht gehalten werden konnte », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6 juin 1986. L'usage a été répandu en France par le livre de Henry Rousso et Eric Conan, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Fayard, 1997.

deux entités abstraites que tout ou presque serait censé opposer.

Dans ce contexte, les conditions d'une recherche historique autonome n'ont pas été obtenues sans frottement ni contradiction. L'avènement d'un nouveau champ disciplinaire issu des ateliers de Clio — l'histoire du temps présent — a fourni l'occasion, à la fois, d'une nouvelle réflexion sur les modalités de la recherche scientifique en histoire et d'une mise à l'épreuve politique des rapports entre histoire, mémoire et justice.

L'image romantique de l'historien «*armé de la vengeance des peuples*» (27) s'est décolorée face à celle de l'historien conférant au maître de la Cité la garantie de sa légitimité. C'est aux attributs d'une *Legitimationswissenschaft*, d'un discours de légitimation établi au nom de la maîtrise scientifique du passé, que la discipline historique a été associée pendant les années de guerre et d'immédiat après-guerre (28). Ce régime d'instrumentalisation de l'histoire à des fins étatiques, que l'on peut rapprocher de l'interprétation orwellienne du totalitarisme, a conduit la plupart des gouvernements occidentaux (vaincus comme vainqueurs) à mettre en place des instituts de documentation et/ou de recherche ayant l'histoire de la Seconde Guerre mondiale ou du nazisme comme principal objet d'étude (29). Ces instituts, qui connaîtront des trajectoires variables (30), n'étaient généra-

(27) «*Lorsque dans le silence de l'abjection, l'on n'entend plus retentir que la chaîne de l'esclave et la voix du délateur; lorsque tout tremble devant le tyran, et qu'il est aussi dangereux d'encourir sa faveur que de mériter sa disgrâce, l'historien paraît chargé de la vengeance des peuples. C'est en vain que Néron prospère, Tacite est déjà né dans l'empire*» (R. DE CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe*, éd. J.P. Clément, Paris, Gallimard [Coll. Quarto], 1997, livre XVI, chapitre 10, t. I, pp. 946-947).

(28) Voir P. SCHÖTTLER (Hrsg.), *Geschichtsschreibung als Legitimationswissenschaft, 1918-1945*, Frankfurt a/M., Suhrkamp, 1997.

(29) P. LAGROU, «*Historiographie de guerre et historiographie du temps présent : cadres institutionnels en Europe occidentale, 1945-2000*», *Bulletin du Comité international d'histoire de la deuxième guerre mondiale*, 30-31, (1999-2000), pp. 192-193.

(30) Les Pays-Bas ouvrent la marche en créant le *Rijksinstituut voor Oorlogsdocumentatie* en octobre 1945. En France, la *Commission d'histoire de l'occupation et de la Libération*, créée en 1946, cède la place en 1950 au *Comité d'histoire de la Seconde Guerre mondiale*. Du côté allemand, l'année 1950 coïncide également avec la mise sur pied de l'*Institut für Zeitgeschichte*, basé à Munich, tandis qu'en Italie, l'*Istituto Nazionale per la Storia del Movimento di Liberazione*, créé à Milan en 1949, ne sera reconnu par l'Etat qu'en 1967. L'Autriche embraye en 1963 avec le *Documentationsarchiv des Österreichischen Widerstandes*, doté d'un statut officiel en 1983. Quant à la Belgique, le *Centre de recherches et d'études historiques de la Seconde Guerre mondiale* voit le jour en 1970. D'après P. LAGROU, «*L'histoire du temps présent en Europe depuis 1945*», *loc. cit.* (v. note 21), pp. 164-165.

lement pas connectés avec le cadre institutionnel des universités et limitaient leurs activités aux tâches qui leur avaient été confiées. Mais un glissement va avoir lieu progressivement. Si, dans un premier temps, une «répartition fonctionnelle» des compétences avait permis d'opérer une délimitation tacite du territoire dévolu aux juristes et aux administrations chargées de l'assistance des victimes de guerre, d'une part, et aux historiens-fonctionnaires, de l'autre, cette frontière allait se brouiller dès le début des années 60, à mesure que la justice eût recours à une expertise intrinsèquement fondée sur la connaissance historique, c'est-à-dire sur le savoir de l'historien (31). Cette altération ne concerne pas tant le recours aux historiens-experts en tant que tel — un usage légitime et fréquent pour la restitution du «contexte» ou le décryptage de zones grises occasionnelles — qu'elle n'affecte le poids accordé à ce recours et aux résultats de l'expertise.

Dans tous les procès liés au nazisme, les historiens ont exercé un rôle, discret ou médiatique, mais dont la charge a été variable. Entre l'historien Pierre Renouvin, qui accumule et sélectionne les dossiers pour le compte de la délégation française à Nuremberg, et Salo W. Baron, historien à l'Université de Columbia, qui témoigne de l'histoire récente des Juifs d'Europe orientale au procès *Eichmann*, ce n'est pas le contenu de l'expertise qui a changé, c'est son statut symbolique, c'est-à-dire la place relative qui lui est accordée dans le cadre du procès (32). Le détournement symbolique de l'expertise «historienne» a atteint son apogée lors des deux procès *Zündel* au Canada en 1985 et 1988 (voy. *infra*, p. 110) : tandis que le premier d'entre eux mettait aux prises les deux «experts» que furent Raul Hilberg et Robert Faurisson, soit un chercheur du vrai et un chercheur du faux ; le second vit la défense avoir recours à l'«expertise» de David Irving et de l'«ingénieur» Fred Leuchter pour démontrer l'impossibilité technique de l'existence des chambres à gaz de Birkenau (33). Cet épisode peu

(31) P. LAGROU, «Historiographie de guerre», *loc. cit.* (v. note 29), p. 194.

(32) A. WIEVIORKA, «Malaise dans l'histoire et troubles de la mémoire», *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 85, janvier-mars 2007, p. 41.

(33) M. SHERMER and A. GROBMAN, *Denying History. Who Says the Holocaust Never Happened and Why Do They Say It?*, Berkeley, University of California Press, 2000, pp. 51-66; J. STENGERS, «Quelques livres propos sur Faurisson, Roques et Cie», *Cahiers du Centre de recherches et d'études historiques de la Seconde Guerre mondiale*, 12, 1989,

glorieux illustre sans doute les limites d'un recours sans discernement à la parole dite experte mais il montre surtout la gamme des outils qu'offrent les normes procédurales de la justice pénale contradictoire (voire, plus généralement, les normes rhétoriques de la société libérale) et leur exploitation sans vergogne par les négationnistes (34). Mais que dire de la participation des historiens aux grands procès historiques, qui a vu la communauté des historiens se diviser jusqu'à l'intérieur des centres de recherche? Peu de choses, en somme. Si l'affaire *Barbie* (1987) inaugure la série des procès des fantômes de Vichy, c'est surtout au cours des procès successifs de *Touvier* (1992-1994) et *Papon* (1997-1998) qu'une controverse va éclater sur l'opportunité de faire comparaître des historiens en qualité de témoins (35). À nouveau, entre la crainte d'une instrumentalisation au gré de la «rhétorique judiciaire» et le devoir civique de pallier la connaissance historique limitée des magistrats et du jury, les opinions et attitudes des uns et des autres ont pu varier — et elles ont varié effectivement (36).

Un double constat ressort de cette évolution. Premièrement, la figure de l'historien-expert s'est construite en interaction avec la formation d'un espace public autonome, d'un côté, et la transformation du rôle de l'historien professionnel dans cet espace, d'un autre côté. L'augmentation du nombre de procès historiques au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, favorisée notamment par la notion d'imprescriptibilité associée aux crimes contre l'humanité, a contribué à rendre plus explicite le balisage territorial des prérogatives et des compétences

repris dans ID., *Belgique-Europe-Afrique. Deux siècles d'histoire contemporaine. Méthode et réflexions*, éd. par J.-M. DUVOSQUEL, A. DIERKENS et G. VANTHEMSCHE, Bruxelles, Timperman, 2005, pp. 489 (note 3) et 506 (note 50); D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*, New York, The Free Press, 1993, pp. 162-165. Voir également *infra*, p. 110.

(34) L. DOUGLAS, «Régenter le passé : le négationnisme et la loi», dans *Le Génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*, dir. F. BRAYARD, Bruxelles, Editions Complexe, 2000 (Histoire du Temps présent), pp. 232-234.

(35) Voir N. WOOD, «Memory on Trial in Contemporary France. The Case of Maurice Papon», *History and Memory*, 11 (1), 1999, pp. 41-76; B. FLEURY et J. WALTER, «Le procès Papon. Médias, témoin-expert et contre-expertise historiographique», *Vingtième Siècle*, 88 (4), 2005, pp. 63-76; Th. RIBÉMONT, «Le procès Papon : un cas d'expertise historique?», dans D. DAMAMME et Th. RIBÉMONT, *Expertise et engagement politique*, Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 71-78.

(36) On connaît les réserves qui ont amené l'historien Henry Rouso à refuser de répondre à sa convocation de témoin : cf. H. ROUSSO, *La hantise du passé*, *op. cit.* (v. note 7), pp. 95-109; H. ROUSSO et E. CONAN, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, *op. cit.* (v. note 26).

entre juges et historiens en même temps qu'elle engendrait une nouvelle dynamique d'instrumentalisation de l'histoire et de l'expertise historique. Deuxièmement, cette redéfinition des territoires a également eu un impact sur les plans institutionnel et épistémologique. Les instituts de documentation et de recherche créés dans l'après-guerre, anciens dépositaires d'une conception « officielle » de l'histoire, se sont mués en centres de recherche chargés de promouvoir l'histoire du temps présent (37). De l'histoire de la Seconde Guerre mondiale à celle du « temps présent », l'élargissement du cadre chronologique était significatif (38). Mais il traduisait bien plus : sur le plan scientifique, l'objectif consistait à sortir des ornières de la guerre 40-45 ou, à tout le moins, à réintégrer l'objet « guerre » dans une histoire plus large, en l'axant davantage dans la continuité du siècle et en multipliant les angles d'approche critiques. Sur le plan institutionnel, la volonté affichée était de s'affranchir d'une mainmise étatique tout en demeurant dans l'intérêt public (39). Avec un peu de recul, ces deux visées synthétisaient la confrontation de deux ambitions difficilement conciliables au cœur même du projet d'« histoire du temps présent » au moment où il s'est cristallisé : arracher un objet d'étude légitimé par la « demande sociale », d'une part, s'immuniser du retour de flammes d'une historiographie orientée par les feux de l'actualité, de l'autre. Le déferlement de la vague mémorielle, particulièrement visible en France (40), allait éclairer ce paradoxe d'une lumière crue.

(37) Sur cette transition, voir H. ROUSSO, *La hantise du passé*, op. cit. (v. note 7), pp. 72-75 et P. LAGROU, « Historiographie de guerre », loc. cit. (v. note 29), pp. 198-209.

(38) François Bédarida, premier directeur de l'Institut d'Histoire du Temps Présent (IHTP), créé en 1978, suggère une définition du « temps présent » comportant une double limite temporelle : « La limite en aval est très simple : c'est la passage du présent à ce qui est train de devenir du passé, c'est-à-dire l'aujourd'hui, l'immédiat. Mais, c'est vers l'amont que le problème se situe, car les définitions n'y sont pas aussi claires et nettes qu'on pourrait le penser. Notre pratique à l'IHTP a été de considérer comme temps présent le temps de l'expérience vécue. On revient par là au véritable sens du terme histoire contemporaine, à savoir l'expérience de la contemporanéité » (repris dans F. BÉDARIDA, *Histoire, critique et responsabilité*, Bruxelles, Complexe, 2003, p. 64).

(39) C'est avant tout le cas des systèmes de recherche centralisés. Ainsi, sur décision de Raymond Barre, l'IHTP devint dès sa création une unité propre du CNRS et ne dépendait plus des services du Premier Ministre, comme ce fut le cas pour le Comité d'histoire de la Seconde Guerre mondiale.

(40) La création de l'IHTP coïncide avec les premiers soubresauts du climat mémoriel. L'Exposé des motifs de la loi du 3 janvier 1979, première législation sur les archives publiques en France depuis la Révolution Française, indique en substance que les archives « constituent la mémoire de la nation et une part essentielle de son patrimoine »

Cette nouvelle sphère publique autonome au sein de la communauté professionnelle des historiens recouvre l'émergence, observée par Foucault, de l'intellectuel spécifique, figure intellectuelle idéal-typique qui applique sa critique dans et à partir de l'expérience tirée de son champ professionnel particulier (41). Cette figure est intéressante car elle ne se superpose pas sur celle de l'historien-expert et elle permet, à ce titre, d'entrevoir les motifs de désaccord au sein d'une même communauté professionnelle. La séparation entre expertise et recherche historique, qui fut notamment à l'œuvre lors des enquêtes parlementaires des années d'après-guerre (42), n'est depuis plus opératoire. Divisés, les historiens le demeurent pourtant, tant sur la question des projets de recherche commandités (par l'État ou le secteur privé) que sur celle des commissions d'enquête à finalité historique. Dans les deux cas, on confie à des historiens triés sur le volet la possibilité de mener des recherches à partir d'archives confidentielles «déclassifiées» pendant le temps limité de l'investigation (43). Ces débats s'inscrivent cependant dans une réflexion plus vaste à mener sur la nature et les mécanismes de la recherche fondamentale, libre et désintéressée.

2. — LE LÉGISLATEUR ET LE JUGE, NOUVEAUX GARDIENS DE L'HISTOIRE ?

L'histoire n'appartient pas aux historiens. Malgré les diverses interprétations données aux multiples réactions des histo-

historique». Comme l'analyse François Hartog, «les termes clés sont là : mémoire, patrimoine, histoire, nation. Ils signalent qu'on est vraiment entré dans les années-patrimoine» (F. HARTOG, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps*, Paris, Seuil, 2003, p. 129).

(41) M. FOUCAULT, «La fonction politique de l'intellectuel», dans *Dits et écrits*, vol. III : 1976-1979, Paris, Gallimard, 1994, pp. 109-114.

(42) P. LAGROU, «Historiographie de guerre», *loc. cit.* (v. note 29), pp. 207-208.

(43) La Belgique a été particulièrement prolifique en matière de ces dernières années : Commission Lumumba (1999-2001), Commission Buysse d'étude sur la spoliation des biens juifs (1999-2002), Commission sur les causes de la faillite de la Sabena (2001-2003), Commission d'étude sur le rôle des autorités belges dans la persécution et la déportation des Juifs en Belgique pendant la Seconde Guerre mondiale (2004-2007). Ces commissions, qui comprenaient en leur sein des historiens professionnels, ont débouché sur des publications d'envergure : L. DEVOS, E. GERARD, J.G. LIBOIS et Ph. RAXHON, *Les secrets de l'affaire Lumumba*, Bruxelles, Racine, 2005 ; R. VAN DOORSLAER (dir), E. DEBRUYNE, F. SEBERECHTS et N. WOUTERS, *La Belgique docile*, Bruxelles, SOMA/CEGES-Luc Pire, 2007, 2 vol.

riens ayant fait suite, notamment, à l'adoption de «lois mémorielles» (44), il n'est que peu ou pas d'historiens pour le contester : «le droit de parler d'histoire n'est pas réservé à ceux qui ont passé des concours ou obtenu des diplômes. (...) L'histoire appartient à tous, sa connaissance fait partie de l'identité et de la citoyenneté» (45).

Mais aujourd'hui, le législateur (A.) et, plus prudemment, le juge (B.), parfois relayés ou éperonnés par des communautés spécifiques ou des associations «mémorielles», se prévalent de ce droit de parler de l'histoire pour restreindre, ou à tout le moins encadrer, la parole des historiens. C'est le catalogue de ces interventions contraignantes pour l'historien qu'il faut ici décrypter.

A. — *L'instrumentalisation de l'histoire par l'Etat*

Si l'instrumentalisation de l'histoire par l'Etat est immémoriale, on l'a vu, elle ne doit pas constituer pour autant une limite à la liberté de la recherche. L'intervention du législateur dans le champ du passé est au contraire nécessaire pour garantir cette liberté (46).

I. — *L'Etat protecteur et promoteur de l'histoire*

L'Etat est en effet responsable de la protection de son patrimoine et de la conservation de ses archives, ainsi que des règles d'accès et d'exploitation de ces sources. Ces règles encadrent certes la liberté de la recherche, mais pour des motifs légitimes tels que, par exemple, la protection de la vie privée, le secret des délibérations politiques, l'ordre public ou la sûreté nationale (47). A cet égard, la portée de la loi belge du 8 mai

(44) Sur ces réactions, voy. *infra*; sur leurs interprétations, voy. par exemple Ch. DEFRAIGNE, «L'histoire n'appartient pas aux historiens», *Politique*, n° 47, décembre 2006, pp. 23-24; F. DE SMET, «De la fonction morale de l'Etat», *Politique*, n° 47, décembre 2006, pp. 24-26; O. MONGIN, «Une précipitation à retardement. Quelques perplexités sur le consensus historique», *Esprit*, février 2006, pp. 148-157; Ph. RAXHON, «Décryptage d'un manifeste d'historiens», *La Libre Belgique*, 27 janvier 2006.

(45) R. RÉMOND, *Quand l'Etat se mêle de l'Histoire*, Paris, Stock, 2006, pp. 65-66.

(46) P.O. DE BROUX, «La loi et l'histoire : une alliance difficile», *Le Soir*, 13 septembre 2006, p. 19.

(47) Voy. par exemple la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, *Mon.b.*, 12 août 1955; ou la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *Mon.b.*, 30 juin 1994.

2003 relative à la réalisation d'une étude scientifique sur les persécutions et la déportation des juifs en Belgique pendant la Seconde Guerre mondiale (48) pose déjà question : elle réserve en effet à un unique centre d'études un accès particulier aux archives des autorités publiques, aux seules fins de réaliser l'étude prévue par cette loi. Si cette étude contribue incontestablement, et de manière fondamentale, à établir la vérité historique sur cette période (49), il n'empêche que les archives utilisées sont demeurées inaccessibles aux autres historiens et inutilisables pour d'autres sujets de recherche. Il s'agit dans ce cas, à l'évidence, d'une entrave injustifiée à la liberté de la recherche.

L'Etat peut également se charger de la promotion de l'histoire, en particulier de son histoire. L'organisation de l'enseignement, le développement de musées, la création de moments de mémoire «*afin de ponctuer la vie et l'espace public de commémorations et de mémorations afin de rappeler au citoyens des appartenances politiques et sociales*» (50) relèvent incontestablement de l'action politique. Il faut saluer en ce sens les démarches du Conseil de l'Europe pour développer des programmes relatifs à l'enseignement de l'histoire ou de la mémoire (51). Mais il faut condamner fermement toute tentative d'établir, par ce biais, une interprétation historique «*officielle*», à l'instar du célèbre article 4 de la loi française du 23 février 2005, ayant imposé de reconnaître, dans les programmes scolaires, «*le rôle positif de la présence française outre-mer*» (52), voire, nous y reviendrons, à l'instar de la loi française du 21 mai 2001 «*tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité*» (53). Certes, la reconnaissance d'un crime contre l'humanité par la

(48) *Mon.b.*, 2 juin 2003.

(49) Voy. R. VAN DOORSLAER (dir), E. DEBRUYNE, F. SEBERECHTS et N. WOUTERS, *op. cit.* (v. note 43).

(50) J.P. NANDRIN, *loc. cit.* (v. note 4), p. 14.

(51) Voy. le site internet du Conseil de l'Europe sur ce thème (consulté le 28 septembre 2007) : <http://www.coe.int/T/F/Com/Dossiers/Themes/Enseignement-Histoire/default.asp>.

(52) Article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *Journal officiel*, 24 février 2005 (dite «Loi Mekechara»). Cet article est aujourd'hui abrogé, notamment sous la pression des historiens français.

(53) Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001, *Journal officiel*, 23 mai 2001 (dite «Loi Taubira»).

loi «*ne vise pas seulement les victimes, mais également le corps social auquel elles appartiennent : reconnaître un génocide participe, comme chacun sait, au devoir de mémoire*» (54). Il n'en faut pas moins se demander si cette reconnaissance doit être rendue contraignante par la loi.

C'est à la croisée des deux missions précitées — protection et promotion de l'histoire — que s'insère enfin «*la création, par les gouvernements d'après-guerre, d'instituts nationaux ayant pour charge la conservation des sources de la période de la guerre et l'écriture de son histoire*», considérée comme «*une intervention exceptionnelle de l'Etat dans la production historiographique*», même si elle est controversée voire qualifiée d'historiographie officielle (55). Ou encore, la proposition des sénateurs belges Alain Destexhe et Isabelle Durant, qui a également suscité l'inquiétude des historiens, de créer au sein du Sénat une «*commission spéciale chargée d'étudier les relations entre les autorités politiques nationales, la recherche historique et les demandes de la société en matière d'histoire et de mémoire*» (56). Sous le couvert d'une «*façade moralisante*», il s'agirait en réalité «*que l'Etat se donne le moyen de décider quelle mémoire est légitime, quelle ne l'est pas ou pas encore; (...) de donner à l'Etat les moyens de décider de faire passer la mémoire privée au statut de mémoire publique, 'nationale'*» (57).

Ces divers exemples illustrent les risques de dérives auxquels sont confrontés les pouvoirs publics lorsqu'ils mettent en œuvre leur rôle, au départ légitime et favorable à la recherche et à la connaissance historique, de régulation des usages du passé.

(54) S. GARIBIAN, «Pour une lecture juridique des quatre lois 'mémorielles'», *Esprit*, février 2006, p. 165, en s'appuyant notamment sur les déclarations de J.J. Queyranne au Sénat français le 23 mars 2000, à l'occasion de ce qui deviendra la «loi Taubira».

(55) Voy. *supra*, ainsi que P. LAGROU, «L'histoire du temps présent en Europe depuis 1945», *loc. cit.* (v. note 21), p. 164.

(56) Proposition déposée au Sénat de Belgique le 14 mars 2006, *Doc. parl.*, Sénat, session 2005-2006, n° 3-1604/1.

(57) Voy. la critique de J. GOTOVITCH, *loc. cit.* (v. note 11), p. 9. Comparer avec la «mission pluraliste pour évaluer l'action du Parlement dans les domaines de l'Histoire et de la mémoire» confiée à Jean-Louis Debré par Jacques Chirac en décembre 2005 (voy. *Libération* du 21 décembre 2005).

II. — *Des nécessités démocratiques qui imposent d'intervenir dans le passé*

Les mobiles du pouvoir politique pour intervenir dans le passé ne répondent pas tous à un objectif de promotion ou de protection de l'histoire. Des normes contraignantes, considérées comme nécessaires dans notre société démocratique, mais susceptibles de limiter la recherche historique, ont souvent été adoptées.

Les assemblées législatives sont ainsi le plus souvent compétentes pour imposer « l'oubli » de faits historiques, en général sous la forme de l'amnistie. De telles lois ont par exemple été adoptées dans de nombreux pays d'Europe à l'issue des deux Guerres mondiales, ou pour mettre fin à l'apartheid en Afrique du Sud (58). L'amnistie ne doit cependant pas empêcher l'histoire de se saisir des mêmes faits. Diverses juridictions ont aujourd'hui consacré la primauté de la recherche historique sur l'oubli imposé par la loi pour autant que, ce faisant, il ne soit pas porté atteinte aux valeurs fondamentales de la société démocratique. Le droit à l'oubli « *n'a aucune existence face à l'histoire; en décider autrement reviendrait d'ailleurs à exonérer les historiens de la responsabilité qui leur incombe de faire un compte rendu fidèle et complet de l'histoire* » (59).

Une dernière mission du législateur (et du juge d'ailleurs) vis-à-vis de l'histoire, dont la genèse est exposée ci-après, est celle de la répression de l'utilisation et du détournement abusifs de l'histoire, notamment à des fins diffamatoires ou racistes. Cette répression permet également de montrer son attachement « *à la répression des atteintes aux devoirs de mémoire*

(58) Voy. P. MARTENS, *loc. cit.* (v. note 22), pp. 732-733, lequel renvoie même à l'Edit de Nantes promulgué en 1598 par le roi Henri IV, qui disposait « *que la mémoire de toutes choses passées depuis mars 1585 ainsi que de tous les troubles précédents demeure éteinte et assoupie comme une chose non avenue (...). Pareillement, nous défendons à nos sujets de quelque état et qualité qu'ils soient d'en renouveler la mémoire (...)* »; A.M. DILLENS, E. BABISSAGAJA, « La justice inopportune? Aux détours de l'amnistie », dans *Les droit de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007. Voy. également le rôle du juge dans ce droit à l'oubli : A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné : après le moment du compte rendu, vient le temps du silence », dans *L'accélération du temps juridique, op. cit.* (v. note 22), pp. 737-748.

(59) A. STROWEL, *loc. cit.* (v. note 58), p. 745, citant Cass. fr. (civ.), 27 février 1951, *J.C.P.*, éd. G. jur. (II), 1951, n° 6193, note MIHURA (affaire *Branly*); Cass. fr., 20 novembre 1990, *J.C.P.*, éd. G. jur. (II), 1992, n° 21908, note J. RAVANAS, « Droit à l'oubli et oubli du droit ».

et d'honneur vis-à-vis des victimes, puisque nier un génocide, c'est raviver la douleur des survivants et des descendants. C'est aussi porter atteinte à nos principes démocratiques, à notre ordre social et à notre ordre public» (60). Tel est l'objet en France de la loi Gayssot, en Belgique de la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale. Toutes deux ont pour seul objet la négation de l'Holocauste. En Suisse par contre, l'article 261*bis* du Code pénal sanctionne la négation de tout génocide ou d'autres crimes contre l'humanité, sans préciser davantage ces concepts — et renvoyant au juge pour fixer l'étendue de ceux-ci.

Un des enjeux de cette intervention très spécifique de l'Etat est là : en France comme en Belgique, les projets en discussion dans les assemblées visent tous à étendre la répression du négationnisme à un ou plusieurs autres génocides ou crimes contre l'humanité nommément identifié(s). Pareille extension est dangereuse d'un point de vue historique, lorsqu'elle impose une vision controversée de l'histoire. Sans même pénaliser sa négation, la «loi Taubira» du 21 mai 2001, précitée, a permis de poursuivre en justice l'historien Olivier Pétré-Grenouilleau qui, soucieux de nuances, refusait de qualifier l'esclavage de génocide. La Cour européenne des droits de l'homme a pourtant rappelé le danger de poser, par ce biais, un jugement sur des écrits à vocation historique, ce au nom «*des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire*» (61). La même Cour considère que «*il est primordial dans une société démocratique que le débat engagé, relatif à l'origine de faits d'une particulière gravité constituant des crimes contre l'humanité, puisse se dérouler librement*» (62). Elle a confirmé cependant, à de nombreuses reprises, que la négation de faits *historiquement établis*, tels

(60) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1135/3, pp. 19-20.

(61) Cour eur. D.H., arrêt du 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, §55.

(62) Cour eur. D.H., arrêt du 31 janvier 2006, *Giniewski c. France*, §51. Voy. P. WACHSMANN, «Liberté d'expression et négationnisme», *Rev.trim.dr.h.*, 2001, pp. 585-599; G. COHEN-JONATHAN, «Négationnisme et droits de l'homme», *Rev.trim.dr.h.*, 1997, pp. 571-597; G.A.I. SCHULT, D. VOORHOF (éd.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent, Academia Press, 1995.

l'existence de l'Holocauste, des chambres à gaz, ou de la responsabilité d'Hitler et du NSDAP dans la planification et l'organisation de l'Holocauste, constituaient un abus de la liberté d'expression (63). Leur sanction constitue *a fortiori* une mesure nécessaire dans une société démocratique.

Les objectifs poursuivis par le législateur sont, à nouveau, éminemment légitimes, mais, plus encore que les précédents, ils sont eux-mêmes confrontés à une limite fondamentale, rappelée par les juges de ces lois : la vérité historique et la liberté corrélative de la recherche historique. Cette mission très délicate doit donc reposer simultanément sur le respect absolu de l'histoire et la nécessité impérieuse d'assurer l'harmonie sociale. La difficulté à laquelle est confronté le pouvoir politique est certaine, mais elle n'est pas infranchissable, nous essayerons de le démontrer.

B. — *La judiciarisation de l'histoire*

L'action de la justice constitue évidemment un objet d'histoire, et ce tant lorsque les événements qu'elle juge constituent un crime contre l'humanité que s'il s'agit de faits divers ou privés, médiatisés ou non. Dans le premier cas, le juge vait-il tout au plus être davantage conscient de faire œuvre historique. Ainsi, le premier procès de Nuremberg, en 1945-1946, ne mettait pas en œuvre l'histoire : ses procureurs ont plutôt eut le sentiment de participer à la construction de celle-ci (64).

La «judiciarisation» de l'histoire n'est pas là. Elle intervient seulement lorsque «*le juge et les parties ne vont plus agir qu'au travers le prisme de ce qui est devenu un événement historique*», c'est à dire lorsque le temps a passé entre la réalisation des principaux faits du litige et le moment où ils sont soumis au juge. Et cet écoulement du temps est, en général, supérieur aux délais de prescription légalement fixés pour permettre l'intervention d'une juridiction. Deux facteurs très distincts expliquent ce nouveau rôle attribué au juge : l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité d'une part, la répression des usages abusifs de l'histoire, en particulier du négationnisme,

(63) Cour eur. D.H., décision du 13 décembre 2005, *Witzsch c. Allemagne* et la jurisprudence citée.

(64) L. DOUGLAS, «Régender le passé», *loc. cit.* (v. note 34), p. 214.

d'autre part. Un élément unifie cependant la judiciarisation de l'histoire : elle ne traite pratiquement que des criminels, des victimes ou des témoins de crimes contre l'humanité.

I. — *Le procès comme instrument pédagogique visant à façonner une mémoire collective*

Les premiers procès « historiques », de l'histoire, sont les procès d'anciens dirigeants nazis ou collaborateurs (*Eichman*, 1961 — *Barbie*, 1987 — *Touvier*, 1994 — *Papon*, 1998 — ...), ouverts plusieurs dizaines d'années après les faits, eu égard à l'imprescriptibilité des crimes commis.

Ces procès « visaient non seulement à éclaircir les faits historiques, mais aussi à délimiter, dans ces faits, des morales claires et façonner les limites de la mémoire collective » (65), et ce même si le but ainsi poursuivi n'est pas nécessairement avoué. Dans ces procès, d'ailleurs, les tribunaux ont fait appel à des historiens pour leur permettre de trancher la culpabilité des accusés. La responsabilité pénale, manifestement, n'était pas leur unique objectif (66), ce qui a fait naître un scepticisme largement partagé quant à l'intérêt même d'organiser ceux-ci, cinquante ans après les faits. En réalité, plus que la conséquence directe d'une « demande sociale », ce type de procès s'inscrit dans une quête de justice qui montre les limites du cadre normatif des procédures de la justice pénale traditionnelle et ouvre la voie à une justice « reconstructive » (67). Le cas de Paul Touvier est ici éclairant : gracié une première fois, en 1972, par le Président Pompidou qui souhaitait « jeter le voile » sur cette période où les Français « ne s'aimaient pas », le voilà condamné, vingt-deux ans plus tard, pour crimes contre l'humanité. Comme le souligne François Hartog : « *Il s'agissait*

(65) L. DOUGLAS, « Régenter le passé », *loc.cit.* (v. note 34), pp. 213-215, s'appuyant sur de nombreuses illustrations, et étendant d'ailleurs cette analyse aux procès de Nuremberg.

(66) « *Le propre du biais judiciaire est de personnaliser. Cela est beaucoup plus efficace que de se promener avec des livres ou des documents historiquement irréfutables (ce que l'on fait parallèlement) qui n'ont qu'un nombre limité de lecteurs* » (Serge KLARSFELD, cité dans J.N. JEANNENEY, *Le passé dans le prétoire. L'historien, le juge et le journaliste*, Paris, Seuil, 1998, p. 79).

(67) C.S. MAIER, « A Surfeit of Memory? Reflections on History, Melancholy, and Denial », *History and Memory*, 5 (2), 1993, pp. 137-151 ; J.M. FERRY, *L'éthique reconstructive*, Paris, Cerf, 1996.

pourtant du même Touvier. Mais le temps a fonctionné à rebours. Bien loin d'avoir apporté l'oubli, il a ravivé la mémoire, reconstruit et imposé le souvenir. Avec la temporalité jusqu'alors inédite créée par le crime contre l'humanité, le temps ne 'passe' pas : le criminel demeure contemporain de son crime» (68).

Précisons, cependant, que l'expérience française des procès historiques ne connaît que peu d'équivalent à l'étranger. La justice ouest-allemande, par exemple, s'est caractérisée par un laxisme surprenant dans la répression des anciens criminels nazis (69). Dans la foulée du processus de dénazification des élites, qui s'est soldé par un échec, l'appareil judiciaire de la RFA a pris à son compte les ressources du droit positif pour créer les conditions d'une impunité des actes criminels commis pendant le régime national-socialiste. Outre le recours aux dispositions interdisant l'extradition de ressortissants allemands vers d'autres États et l'utilisation fréquente de la qualification de complicité, la justice ouest-allemande a prohibé la référence à la jurisprudence de Nuremberg. Cette mesure a entraîné l'application rigide du principe de non-rétroactivité de la loi pénale (avec, comme conséquence aberrante, des condamnations prononcées sur la base du *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871). Ceci explique que l'Allemagne n'a procédé qu'à un nombre très limité de condamnations d'anciens criminels nazis (évalué à six mille), qui ne s'est pas alourdi après la chute du Mur de Berlin. Les procès, entamés à la suite du dépôt de plaintes (émanant de victimes allemandes exclusivement), ont porté sur le comportement criminel d'individus, c'est-à-dire sur les infractions commises dans l'exercice de leur fonction (70). En

(68) F. HARTOG, *op. cit.* (v. note 40), p. 130.

(69) Ce passage s'appuie sur D. GARBE, «Äußerliche Abkehr, Erinnerungsverweigerung und Vergangenheitsbewältigung. Der Umgang mit dem Nationalsozialismus in der frühen Bundesrepublik», in A. SCHLDT und A. SYWOTTEK (Hrsg.), *Modernisierung im Wiederaufbau. Die westdeutsche Gesellschaft der fünfziger Jahre*, Bonn, Dietz, 1993, pp. 693-716. Voir aussi A. WAHL, *La seconde histoire du nazisme dans l'Allemagne fédérale depuis 1945*, Paris, Armand Colin, 2006; I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen*, Munich, Kindler-Verlag, 1987.

(70) Ce dispositif juridique contraignant, qui se manifestera notamment lors du procès tenu à Francfort en 1964 contre une vingtaine de responsables SS du camp d'Auschwitz, aura également des incidences sur la production historiographique de l'*Institut für Zeitgeschichte*. Voir P. LAGROU, «L'histoire du temps présent en Europe depuis 1945», *loc. cit.* (v. note 21), pp. 172-173 et, pour un compte-rendu moins critique, H. MÖLLER, «Das Institut für Zeitgeschichte und die Entwicklung der Zeitgeschichtsschreibung in Deutschland», in H. MÖLLER und U. WENGST (Hrsg.), *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte. Eine Bilanz*, Munich, C.H. Beck, 1999, pp. 49-51.

aucun cas, il ne s'est agi de cibler le «système» qui sous-tendait leurs actions (71).

Ces procès historiques, dès lors qu'ils sont limités aux crimes contre l'humanité — seuls à bénéficier de l'imprescriptibilité — répondent légitimement à la fonction attribuée, selon Roger Koudé, à tout procès d'un crime contre l'humanité. Le juge doit répondre à des attentes particulières des victimes : attente d'une «reconnaissance *qui est aussi une possibilité de renaissance*. (...) [Les victimes] *aspirent à une réparation beaucoup plus grande (...), une 'réparation-processus' (...), devant s'inscrire dans la durée, c'est-à-dire dans le travail global de mémoire*» (72). Davantage que le rôle du juge, c'est sans doute l'imprescriptibilité des crimes qui a pu soulever, dans ce contexte, une certaine défiance.

II. — *Les procès du négationnisme pour «préserver les limites de la mémoire collective» (73)*

Corollaire de la mission conférée au législateur d'organiser la répression de l'utilisation et du détournement abusifs de l'histoire, notamment à des fins diffamatoires ou racistes, le juge est aujourd'hui de plus en plus souvent chargé de punir les «négationnistes», qui mettent en danger le travail de mémoire nécessaire, on vient de le voir, dans les circonstances exceptionnelles constituées par les crimes contre l'humanité.

Si, parfois, le juge se contente de constater l'existence ou non de la négation d'un génocide identifié dans la loi, il doit parfois lui-même examiner le bien fondé, et donc la réalité historique, des propos tenus par le prétendu «négationniste». Plu-

(71) Dans une moindre mesure, cette remarque vaut d'ailleurs aussi pour la France. Il a fallu attendre le discours de Jacques Chirac au Vel' d'Hiv le 16 juillet 1995, pour reconnaître la responsabilité de l'État (et non celle de la République). Voy. R. GOLSAN, «Que reste-t-il de l'affaire Touvier? Mémoire, histoire et justice», *French Historical Review*, 72 (1), 1998, pp. 102-112; K. URSELMANN, *Die Bedeutung des Barbie-Prozesses für die französische Vergangenheitsbewältigung*, Berne, Peter Lang, 2000.

(72) R.K. KOUDÉ, «Questionnements sur les 'réparations' pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire», *Rev.trim.dr.h.*, n° 66, 2006, pp. 411-412 (suit d'ailleurs la présentation fort argumentée des «vertus réparatrices et prophylactiques du procès»). Voy. également M. OSIEL, *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit*, trad. J.L. FIDEL, Paris, Seuil, 2006, et son analyse par P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Le Seuil, 2000, pp. 423 et s.

(73) L. DOUGLAS, «Régender le passé», *loc. cit.* (v. note 34), p. 215.

sieurs juridictions ont des lors fait appel à des historiens pour les aider dans cette tâche.

Le double intérêt de l'examen de ces nombreux procès est cependant ailleurs. Il permet d'une part d'observer la diversité des fondements légaux ayant permis au juge de condamner les usages abusifs de l'histoire : lois réprimant la négation d'un génocide spécifique, ou de crimes contre l'humanité en général, actions en diffamation, lois réprimant le racisme et la xénophobie, actions en réparation civile — telles celles fondées sur l'article 1382 du Code Napoléon, selon lequel *«tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer»*. Ce biais permet de relativiser l'étendue des normes nécessaires pour réprimer le négationnisme et, en particulier, la nécessité de lois spécifiques établissant le contour de chaque crime contre l'humanité concerné.

D'autre part, cet examen témoigne de la mise en cause de l'historien ou du métier d'historien, au nom du «devoir de mémoire». Deux exemples. Le 21 juin 1995 l'islamologue Bernard Lewis s'est vu condamné à verser une amende de 14.000 francs français au Forum des associations arméniennes de France et à la Licra pour des propos parus dans la presse française où il estimait qu'il n'y avait pas de «preuve sérieuse» pour qualifier de «génocide» les massacres dont les Arméniens furent l'objet en 1915. Le jugement reprocha à Bernard Lewis son manque de responsabilité en tant qu'historien et, plus explicitement, d'avoir présenté *«comme véridiques des allégations manifestement erronées»* (74). Dix ans plus tard, en juin 2005, c'est au tour de l'historien Olivier Pétré-Grenouilleau d'être assigné en justice par le collectif Dom, regroupant des Antillais, Guyanais et Réunionnais. L'objet de la plainte : l'historien, qui vient de publier un livre sur les traites négrières, s'est permis d'affirmer dans une interview au *Journal du dimanche* que les traites ne s'apparentaient pas à un génocide. La plainte, qui évoquait la loi Taubira du 21 mai 2001, mais

(74) J.N. JEANNENEY, *Le passé dans le prétoire*, op. cit. (v. note 66), pp. 38-41. Le jugement poursuit : *«c'est en occultant les éléments contraires à sa thèse que le défendeur a pu affirmer qu'il n'y avait pas de 'preuve sérieuse' du génocide arménien, qu'il a manqué ainsi à ses devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuances sur un sujet aussi sensible»*.

qui se fondait également sur l'article 1382 du Code civil, fut finalement retirée en février 2006. Dans les deux cas évoqués, ce ne sont pas les travaux des historiens qui ont été incriminés mais des déclarations rapportées dans la presse (75). Or, pour Pétré-Grenouilleau, les propos répercutaient les analyses d'un livre présent sur les étals depuis octobre 2004, sans que cela ne posât le moindre «dommage».

En un sens, c'est moins l'issue finale de ces actions qui pose question que les préjugés sur lesquels ils reposent — et qui resteront. Malgré un dispositif qui les exonère largement (76), les professionnels de l'histoire ont été précédemment confrontés à des procès en diffamation qui n'ont pas tourné à leur avantage (77). Sans revenir sur toutes ces décisions, force est néanmoins de constater que les juridictions ont souvent fondé leur jugement en mobilisant, non pas une certaine idée de l'histoire, mais une certaine idée éthique et déontologique de la démarche d'historien. Comme le dit Yan Thomas, «*pour échapper au casse-tête d'avoir à se prononcer sur la vérité historique, les juges s'abandonnent à définir le métier d'historien*». Et ce «*coup de force*», continue le juriste, «*est curieusement passé comme une lettre à la poste*» (78). Cette évolution s'explique en partie par la confusion créée par les négationnistes auprès de l'opinion publique lorsque, se situant sur le terrain du «révisionnisme» et de l'hypercriticisme, ils se sont présentés à la fois en hérauts de la liberté d'expression, en champions de la recherche scientifique et en martyrs d'une version «officielle» de l'histoire. Cette posture, avait tous les traits d'une imposture. Mais elle fit son effet auprès d'un public non

(75) A. WIEVIORKA, «Malaise dans l'histoire et troubles de la mémoire», *loc. cit.* (v. note 32), pp. 38-39.

(76) J.P. LE CROM, «Juger l'histoire», *Droit et Société*, n° 38, 1998, p. 39.

(77) En octobre 1983, Zeev Sternhell a fait l'objet d'une plainte de Bertrand de Jouvenel et a été condamné à lui verser un franc symbolique pour «imputations diffamatoires». On reprocha spécifiquement à l'historien israélien d'avoir qualifié de «comportement suspicieux» le fait que Jouvenel se soit exilé en Suisse au sortir de la guerre. En avril 1998, dans l'effervescence du procès *Papon*, le président de la XVII^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris a reconnu le journaliste Gérard Chauvy coupable d'avoir exercé une «forme de diffamation par insinuation» à l'encontre des résistants Raymond et Lucie Aubrac. On lui formula le grief d'avoir dérogé aux règles fondamentales de la méthode historique et de la responsabilité sociale de l'historien. Sur ces deux cas, voir respectivement J.N. JEANNENEY, *Le passé dans le prétoire*, *op. cit.* (v. note 66), pp. 105-110 et J.P. AZÉMA et G. KIEJMAN, «L'histoire au tribunal : un échange», *Le Débat*, n° 102, 1998, pp. 45-51.

(78) Y. THOMAS, «La vérité, le temps, le juge et l'historien», *loc. cit.* (v. note 23), p. 25.

averti, malgré les précautions oratoires des uns et des autres rappelant tout ce qui distinguait l'histoire de la recherche déli-
bérée du faux dans le passé.

III. — *La réparation imprescriptible des crimes du passé*

Si les dommages causés par la guerre faisaient, depuis longtemps déjà, l'objet de réparation, le plus souvent par le seul Etat vaincu envers l'Etat vainqueur (le Traité de Versailles de 1919 en étant un des derniers exemples), la fin de la Seconde Guerre mondiale a, à nouveau, de ce point de vue, constitué une sortie de conflit inédite.

Les procès de Nuremberg comme la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 ont créé une base légale, et non plus seulement matérielle, pour justifier la réparation des crimes et injustices du passé. Il est désormais possible de demander des comptes à l'Etat démocratique qui est né des décombres de l'Etat totalitaire. L'Etat vainqueur n'est en outre plus le seul bénéficiaire du régime de réparation, mais une série de victimes va bénéficier de dédommagements à titre personnel. La loi comme la justice agissent à cet égard dans un cadre nouveau, mais qui reste celui du champ politique et juridique.

Le changement fondamental est notamment issu du caractère imprescriptible du génocide, étendu à l'action civile en réparation (voy. *supra*). Il va permettre de demander des dédommagements des années plus tard, dans un contexte souvent très différent. La multiplication, aujourd'hui, des demandes en réparation de victimes de crimes imprescriptibles est incontestable, et liée à chaque nouvelle reconnaissance de l'existence de — ou d'une part de responsabilité dans — ces crimes (79). Cette situation est une des conséquences de l'interven-

(79) Voy. l'étude approfondie de L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, Bruylant — Editions de l'ULB, 2004. On en trouve un exemple récent dans les déclarations qui ont suivi la publication du rapport *La Belgique docile* précité (v. note 43) : selon les responsables du Service social juif par exemple, Daniel Berman et Eliane Wieder : « Nous ne pouvons pas nous contenter d'une révision des manuels scolaires ou d'un simple exercice de mémoire. Le rapport du CEGES doit faire l'objet d'un examen en commission sénatoriale afin que toutes les conséquences de la responsabilité de l'Etat belge soient assumées, non seulement en termes symboliques, mais également en terme de réparations et de moyens à mettre en œuvre afin de préserver la mémoire collective » ; selon Judith

tion croissante du monde politique dans le passé, notamment le passé criminel, en particulier lorsque ce crime est imprescriptible. Même en l'absence d'une loi établissant une réalité historique, la simple prise de parole politique implique le jugement des coupables ou, à tout le moins, la réparation du préjudice causé aux victimes identifiées par le discours politique.

Les procès en ce sens foisonnent. Ils sont le plus souvent dirigés contre des personnes morales qui ont survécu aux événements en cause : autorités et entreprises publiques, sociétés privées, deviennent la cible favorite des descendants d'esclaves ou des victimes du régime nazi et de tous ceux qui y ont collaboré. Aux Etats-Unis, des actions civiles en réparation sont en cours à l'encontre d'entreprises qui ont légalement succédé à celles qui existaient au temps de l'esclavage, pour qu'elles indemnisent les descendants noirs américains (80). En France, la SNCF a été condamnée par le tribunal administratif de Toulouse, le 6 juin 2006, à dédommager les descendants de Georges Lipietz, déporté à Drancy par un de ses trains en 1944. Ce n'est cependant, dans ce cas, pas sur le fondement de l'imprescriptibilité que l'action a été reçue, mais bien sur le fait que des recherches historiques, conclues en 1996, avaient seules pu révéler la responsabilité de la SNCF dans la déportation de juifs à Drancy, et donc faire démarrer à cette date la prescription de l'action en réparation (81). Selon l'avocat des descendants de Georges Lipietz, « *la douleur des survivants d'une violence qui ne fut pas 'symbolique' et de leurs descendants est considérable et c'est à chacun d'eux de dire s'ils veulent une condamnation réelle ou symbolique* » (82).

Kronfeld, directrice de la Fondation du Judaïsme de Belgique, « *l'Etat doit envisager des réparations en pensant aux survivants qui n'ont pas bénéficié de restitutions, ni de reconnaissance, parce qu'ils sont restés des étrangers* », cités par R. BAUMANN, « *Mémoire : La Belgique docile : une étape décisive de la mémoire du génocide juif en Belgique?* », *Regards — Revue du Centre communautaire laïc juif de Belgique*, 27 mars 2007 (disponible sur www.celj.be/regards, sous l'onglet « *Grands dossiers — analyse* », analyse 6 [consulté le 7 décembre 2007]).

(80) Ch. CHIVALLON, « *L'émergence récente de la mémoire de l'esclavage dans l'espace public* », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, supplément 2005, n° 52-4bis, p. 66.

(81) Trib. admin. Toulouse, 6 juin 2006 (disponible sur www.lipietz.fr — consulté le 7 décembre 2007), réformé depuis par la décision du 27 mars 2007 de la cour administrative d'appel de Bordeaux, au seul motif de l'incompétence des juridictions administratives vis-à-vis de la SNCF (voy. J.C. JOBART, note sous cette décision, *A.J.D.A.*, 2 juillet 2007, pp. 1310-1312).

(82) R. ROUQUETTE, « *Débat : la SNCF et la Shoah* », *L'Histoire*, n° 317, février 2007, p. 26.

S'il est encore trop tôt pour analyser l'importance et l'impact de ces actions, tout comme leur historicité (bien qu'elles relèvent à l'évidence du besoin de reconnaissance mémorielle décrit ci-dessus), il est cependant manifeste que le juge se voit à nouveau contraint, à cette occasion, de se saisir de l'histoire, et donc confronté au risque de figer celle-ci, de vouloir confondre vérité historique et vérité judiciaire. Ce risque est d'autant plus grand que l'intervalle entre la commission du crime et son jugement s'agrandit (déjà plus d'un siècle aux Etats-Unis) : est-il encore si invraisemblable que les descendants d'Aztèques viennent demander réparation à l'Etat espagnol, voire les descendants arabes à la Cité du Vatican ? Ne suffirait-il pas que le pape déclare que les croisades ont été un crime contre l'humanité ?

S'il est incontestable que la réparation d'un crime, *a fortiori* un crime contre l'humanité, est nécessaire, celle-ci doit trouver des limites que l'imprescriptibilité ne lui offre pas. Ce problème relève cependant d'abord du droit, même s'il n'est pas sans conséquence sur la judiciarisation de l'histoire.

3. — L'HISTORICITÉ DES PRINCIPALES «LOIS MÉMORIELLES»

Pour poursuivre notre examen des limites assignées par le droit à la recherche historique, il faut analyser l'ancrage historique des principales «lois mémorielles» qui ont été adoptées ces dernières années. Le décalage enregistré entre des événements, leur mise en scène mémorielle (individuelle comme collective), l'historiographie qui leur est consacrée et la mise en œuvre éventuelle de poursuites judiciaires rend compte, dans chaque intervalle temporel, du rattrapage de l'actualité, c'est-à-dire du poids du présent, dans des champs censés éclairer le passé (l'histoire) et encadrer le futur (la loi). Les controverses à répétition qui tournent autour de la notion de génocide, depuis l'invention du terme par Lemkin (A.), de même que l'émergence de la mémoire de l'esclavage colonial (B.), illustrent parfaitement ce phénomène.

Ce choix de thèmes est évidemment très partiel et ne se veut que le reflet des «lois mémorielles» les mieux connues, car les

plus débattues, en Belgique et en France, et portant sur des faits suffisamment anciens que pour permettre d'en examiner l'historicité avec le recul nécessaire. D'autres demandes mémorielles, requérant ou non l'intervention de la justice ou de la loi, s'attachent également aujourd'hui aux douloureuses histoires de l'ancienne Europe communiste, de l'Afrique du Sud, du génocide rwandais, de la junte argentine, de la dictature chilienne, des crimes de l'armée impériale japonaise ou encore du Congo belge (83) et de la guerre civile espagnole (84), par exemple.

A. — *Les génocides en question*

I. — *Les mémoires saccadées du génocide juif*

Par la qualification de « crimes contre l'humanité », le procès de Nuremberg inaugure une nouvelle ère dans le domaine des responsabilités pénales. Après une quinzaine de versions préliminaires, la définition qu'en donnèrent les quatre délégations, dans l'Article VI des « Statuts du Tribunal Militaire International », n'a pas peu contribué à brouiller les pistes. S'il fait peu de doute, dans l'esprit des juristes présents, que la notion de « crimes contre l'humanité » renferme la destruction massive des Juifs d'Europe perpétrée par le régime national-socialiste, celle-ci ne constitue pas, à leurs yeux, un crime *sui generis* et ne sera d'ailleurs jamais évoquée comme telle lors des débats (lesquels ne se focaliseront pas, et c'est une litote, sur ces crimes). À l'incrimination de « génocide », qui vient d'être forgée par l'intellectuel polonais en exil aux États-Unis, Raphaël Lemkin, dans un ouvrage commandité par la Fondation Carnegie (85), le ministère public et les juges préfèrent utiliser le terme d'« extermination » commise dans la cadre de

(83) Voy. M. DUMOULIN, *Léopold II, un roi génocidaire ?*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2005, pp. 74-82 (Mémoire de la Classe des Lettres, 3^e série, t. XXXVII).

(84) Voy. le très discuté « *Projecto de ley por la que se reconocen y amplian derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecucion o violencia durante la guerra civil y la dictadura* » adopté par les députés espagnols le 31 octobre 2007, et qui vise à reconnaître les victimes du franquisme (projet du 28 juillet 2006 — consultable sur www.leyemoriahistorica.com [consulté le 7 décembre 2007]).

(85) R. LEMKIN, *Axís Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation. Analysis of Government. Proposals for Redress*, Washington DC, Carnegie Endowment for International Peace, 1944, spécialement pp. 79-80.

«crimes contre l'humanité», une qualification qui avait le double avantage d'être le fruit d'un compromis et de ne pas heurter la langue anglaise (86). En somme, malgré des acquis et des innovations juridiques indéniables, Maxime Steinberg n'a pas tort de dire que, dans l'enceinte de Nuremberg, «*le droit international a raté son rendez-vous judiciaire avec le génocide des Juifs en tant que tel*» (87).

Mais peut-on sincèrement le lui reprocher? Nous entrons ici de plain-pied dans la problématique des rapports entre histoire et mémoire. Dans une large mesure, en effet, la chape de plomb posée sur le génocide des Juifs à Nuremberg correspond au climat ambiant de l'immédiat après-guerre. L'occultation des victimes juives, l'indifférence affichée à l'égard des déportés raciaux des camps et l'oblitération des témoignages des survivants s'inscrivent dans un contexte frappé du sceau de la «mémoire sélective», voire d'une politique sélective de la mémoire. Les États fraîchement libérés ont besoin de héros pour reconstruire leur identité nationale; les résistants et, déjà dans une moindre mesure, les prisonniers politiques feront l'affaire (88). Il importe de fermer la «parenthèse» de l'occupation et, plus généralement, de marquer la rupture. Les rescapés juifs, en revanche, renvoient à la *praxis* de la continuité: à l'occupation, sans nul doute, mais aussi à l'implication de leurs autorités nationales et indirectement à celle de leurs compatriotes. Bien entendu, il convient de ne pas verser dans un registre d'opposition manichéenne. Dans son essai d'anthropologie historique, Jean-Michel Chaumont a magistralement montré les fissures qui, du fait de l'intériorisation du silence et de la non-reconnaissance de la souffrance, lézardent le front apparent de la solidarité des victimes, juives notamment, à leur retour des camps (89).

(86) A. WIEVIORKA, *Le procès de Nuremberg*, Paris, Liana Levi, 2006 (1^{ère} édition: 1995), pp. 36-38 et 195-196.

(87) «Notre responsabilité morale. Entretien avec Maxime Steinberg», *Politique*, n° 47, décembre 2006, p. 30.

(88) Voir P. LAGROU, *Mémoires patriotiques et Occupation nazie. Résistants, requis et déportés en Europe occidentale, 1945-1965*, Paris-Bruxelles, IHTP-CNRS/Complexe, 2003, première partie.

(89) J.M. CHAUMONT, *La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, Paris, Syros & La Découverte, 1997, chapitres 1-2, pp. 25-90.

Le procès d'Adolf Eichmann, qui débute en juin 1961, et sa condamnation sur la base de la loi contre les nazis et collaborateurs nazis du 9 août 1950, constituent un tournant décisif. Il a pour effet non seulement de «reterritorialiser» les crimes commis par l'officier SS, mais aussi de «nommer» les victimes de ces crimes. Hannah Arendt a bien compris ce glissement en intitulant *Eichmann à Jérusalem* le livre qui regroupe ses chroniques d'audiences faites pour l'hebdomadaire *The New Yorker* (90). C'est désormais le nazi en exil qui adopte une posture transnationale et l'Etat d'Israël qui, faisant peu de cas des règles du droit international, se charge de le condamner. Le contraste avec Nuremberg est patent; il va contribuer à libérer les mémoires — et défouler les contre-mémoires. Le réalignement progressif de l'identité des juifs d'Israël sur la Shoah, qui se manifeste également mais de manière plus dispersée au sein de la communauté juive dans son ensemble, sera concomitant à une redéfinition géopolitique et militaire d'Israël dans le concert des nations. Les années 60 voient en effet un renforcement d'Israël tant sur le plan intérieur qu'extérieur — deux faces d'une même médaille, selon le Premier ministre David Ben Gourion (91). L'année 1967 marque l'inauguration du Monument international de Birkenau mais aussi le déclenchement de la guerre des Six Jours. Ces deux événements n'échangent pas entre eux de liens de causalité ni même de corrélation; ils constituent deux bornes qui, dans la synchronie de leur occurrence, indiquent une étape et signifient une évolution.

II. — *Les multiples vagues du négationnisme*

C'est dans ce canevas général qu'il faut comprendre l'émergence — ou plutôt la recrudescence — des écrits négationnistes (92). De fait, le phénomène n'a rien de neuf, en particulier en

(90) Dans son récit au ton volontiers polémique, Hannah Arendt fait valoir la carte du différentiel opéré durant les débats «entre l'héroïsme des Israéliens et l'humble soumission des Juifs allant à la mort» (H. ARENDT, *Eichmann à Jérusalem. Un rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, coll. Folio-Histoire, 2002 (1^{ère} édition originale : 1963), p. 57).

(91) I. ZERTAL, *La nation et la mort. La Shoah dans le discours et la politique d'Israël*, Paris, La Découverte, 2004, pp. 138-142, 152-159.

(92) Le terme «négationnisme» a été forgé par l'historien Henry Rousso dans son ouvrage *Le Syndrome de Vichy 1944-198...*, Paris, Le Seuil, 1987 (2^{ème} éd. rev., *Le Syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*, 1990).

France et en Allemagne, où plusieurs pamphlets avaient déjà circulé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale tout en demeurant sous le boisseau. L'historien Henry Rousso raccroche ce sursaut négationniste à deux étapes antérieures : l'effacement méticuleux des traces du génocide effectué par les responsables nazis durant la guerre, d'une part, et les publications, confinées à des cercles restreints, de Maurice Bardèche, chef de file du néofascisme et beau-frère de Brasillach, mais surtout de Paul Rassinier, considéré comme le père spirituel du «révisionnisme», d'autre part (93). Quelle que soit sa guise, le négationnisme se décline au moins sur l'un des trois piliers de son régime de contestation : contestation du génocide juif, de l'existence des chambres à gaz et du nombre communément admis de victimes juives (94). De ce point de vue, la figure de Rassinier ne laisse pas de surprendre. Rescapé de Buchenwald et de Dora, ancien membre de la gauche pacifiste, il publie un premier ouvrage en 1948 — *Le mensonge d'Ulysse* — où il dénonce les écarts de témoignage de ses co-détenus. L'apposition de l'étiquette négationniste pour ce livre ne fait d'ailleurs pas l'unanimité (95), mais l'évolution de son auteur vers des thèses qui réfutent ouvertement l'existence du génocide juif contribue à le ranger dans cette catégorie. Au reste, Rassinier jette les fondations de ce pont, insolite et singulièrement français, entre l'extrême droite (antisémite) et l'ultra-gauche (antisioniste) dans la pratique du négationnisme. Pierre Vidal-Naquet a été le premier à déceler cette curieuse alliance qui se consolidera à la génération suivante autour de la maison d'édition La Vieille Taupe et du cas emblématique de Robert Faurisson (96).

(93) H. ROUSSO, *Le dossier Lyon III. Le rapport sur le racisme et le négationnisme à l'Université Jean-Moulin*, Paris, Fayard, 2004, pp. 95-98.

(94) P. VIDAL-NAQUET, «Un Eichmann de papier», *Esprit*, novembre-décembre 1980, repris dans ID., *Les assassins de la mémoire*, Paris, Seuil, 1987 (collection Points-Essais, 1995), p. 33; D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust*, op. cit. (v. note 33), p. 99; G. SPANN, «Methoden Rechtsextremer Tendenzgeschichtsschreibung und Propaganda», in B. BAILER-GALANDA, W. BENZ und W. NEUGEBAUER (Hrsg.), *Wahrheit und „Auschwitz-Lüge“. Zur Bekämpfung „revisionistischer“ Propaganda*, Wien, Deuticke, 1995, pp. 46-67.

(95) Ainsi, pour l'historien Jean Stengers, il existe «deux Rassinier successifs». L'auteur du *Mensonge d'Ulysse* est le premier d'entre eux : «un résistant authentique (...), qui a écrit sur sa déportation un très beau livre, un témoignage de premier ordre, lucide, sans complaisance, dont le manque de complaisance a d'ailleurs choqué certains.» Le Rassinier de la seconde époque s'est, quant à lui, «tourné vers l'extrême droite, (...) a versé dans l'antisémitisme, et dans la négation du génocide» (J. STENGERS, «Quelques livres proposés sur Faurisson, Roques et Cie», loc. cit. (v. note 33), pp. 8-9).

(96) P. VIDAL-NAQUET, «Un Eichmann de papier», loc. cit. (v. note 94), pp. 50-51.

Ces quelques précurseurs mis à part, auxquels il faut adjoindre les rejets de la littérature hitlérienne revancharde (97), c'est en effet du début des années 70 que datent les origines d'un négationnisme dilaté. Parmi les raisons invoquées, qui gravitent la plupart du temps autour du nouveau contexte politico-militaire au Proche-Orient et le regain de l'extrême droite judéophobe, deux mouvements d'idées sont mis en avant. Il s'agit, d'une part, de l'héritage contestataire incarné par l'esprit de mai 1968 qui a, certes, engendré un renouvellement des questions historiographiques (sur Vichy, l'Algérie, la guerre froide, etc.) mais qui a aussi produit des effets plus inattendus à la marge et, d'autre part, de la diffusion progressive dans les milieux scientifiques d'un paradigme philosophique axé sur le déploiement autonome des structures linguistiques et l'effacement du sujet (une pensée étiquetée comme «postmoderne»). Dès lors, bien qu'il soit difficile d'évaluer l'impact réel de ces deux courants sur la résurgence du négationnisme dans les années 70, tous deux aboutissent à remettre en question des vérités «officielles» ou «établies». Or, le créneau scientifique sera grossièrement exploité par les négationnistes de la nouvelle relève, qui s'affublent désormais de l'appellation «révisionniste», afin d'inscrire leur programme de falsification dans une démarche de révision historiographique telle que la pratiquent les historiens. Néanmoins, entre la révision de l'histoire et sa falsification, il n'y a pas de «différence» — il y a une contradiction (98).

Ainsi, le contraste entre la première vague du négationnisme à la française (1942-1955) et ses courants plus récents réside moins dans le contenu proprement dit que dans le fait que ces derniers «développent un jargon pseudo-scientifique différent des textes plus 'politiques' de Maurice Bardèche ou Paul Rassinier» (99). De plus, ils engagent leurs institutions respectives. Robert Faurisson tient des propos négationnistes dans le cadre d'un colloque scientifique en 1978, alors qu'il est maître de conférences en littérature française à Lyon II. C'est par le

(97) Exemple parmi d'autres : F. SCHEIDL, *Geschichte der Verfemung Deutschlands*, plusieurs volumes parus à Vienne entre 1964 et 1967.

(98) Comme le rappelle François Bédarida, le négationnisme, c'est le «stade suprême du falsificationnisme» (F. BÉDARIDA, *op. cit.* (v. note 38), p. 52).

(99) H. ROUSSO, *Le dossier Lyon III, op. cit.* (v. note 93), p. 103.

biais d'une thèse de doctorat défendue le 12 juin 1985 à l'Université de Nantes qu'Henri Roques souhaite explicitement «contribuer quelque peu à ce que l'école révisionniste qui se consacre à mettre l'histoire de la Seconde Guerre mondiale en accord avec les faits, se voit reconnaître un droit de cité dans l'université». Enfin, en 1989, un manuscrit antisémite et xénophobe de Bernard Notin, maître de conférences en sciences économiques à Lyon III, est soumis, accepté et publié dans une revue scientifique de haut niveau. Pour de multiples raisons qui tiennent autant à la sociologie des personnages qu'à l'orientation politique de leurs opinions, ces trois cas ne peuvent se lire comme la résultante d'un même élan négationniste (100). Mais ils illustrent, à chaque fois, non seulement les ressorts faillibles de l'université pour empêcher la tenue de propos et d'écrits négationnistes, mais surtout la réticence avec laquelle les autorités académiques sont intervenues dans ce qu'elles estimaient ne constituer qu'un «délit d'opinion» ou, sur un autre registre, une «ingérence» du pouvoir politique dans les affaires scientifiques (101). Ce n'est qu'en 1990, à la suite des remous provoqués par l'affaire *Notin* (qui, lui, sera suspendu), que Faurisson sera officiellement écarté de l'Université de Lyon et «affecté» au Centre national d'enseignement à distance.

Avant de s'attarder sur les conséquences législatives de ces affaires, précisons que la spécificité française ressort avec plus d'éclat quand on la compare aux cas allemand et nord-américain, «deux pays qui dominent et de très loin» le paysage négationniste sur le plan quantitatif (102). De fait, depuis le début des années 70, l'Allemagne de l'Ouest a été le théâtre d'une production importante en la matière (103). Contrairement au

(100) Ajoutons qu'une série de micro-événements (déclarations, interviews, etc.) à fort écho médiatique accompagnent et enflent la résonance de ces grandes affaires entre 1978 et 1990.

(101) H. ROUSSO, *Le dossier Lyon III, op. cit.* (v. note 93), pp. 104-139.

(102) P. VIDAL-NAQUET, «Thèses sur le révisionnisme» [1985], repris dans ID., *Les assassins de la mémoire, op. cit.* (v. note 94), p. 122.

(103) Survol rapide de la littérature négationniste allemande : E. ARETZ, *Hexeneinmaleins einer Lüge* (1970), T. CHRISTOPHERSEN, *Die Auschwitz-Lüge. Ein Erlebnisbericht* (1973), W. STÄGLICH, *Der Auschwitz-Mythos — Legende oder Wirklichkeit* (1973), E. KERN, *Die Tragödie der Juden. Schicksal zwischen Propaganda und Wahrheit* (1979). D'après W. BENZ, «„Revisionismus“ in Deutschland», in B. BAILER-GALANDA et al. (Hrsg.), *Wahrheit und „Auschwitz-Lüge“*, op. cit. (v. note 94), p. 69, et J. ZARUSKY, «Leugnung des Holocaust. Die antisemitische Strategie nach Auschwitz», *Aktuell BPJS*, Sonderheft, 1999, pp. 5-15.

cas français, les milieux négationnistes allemands n'ont ni sympathie pour l'ultra-gauche ni ancrage ou stratégie universitaires : ils appartiennent aux mouvances hitlériennes ou néo-hitlériennes d'extrême droite et subordonnent la déné- gation du génocide juif à la minimisation, voire la disculpation des crimes de guerre perpétrés par le régime national-socialiste entre 1933 et 1945 (104). Quant au phénomène négationniste issu des Etats-Unis, son intérêt principal réside dans le fait qu'il reflète les conditions idéal-typiques d'un marché libre des idées, fussent-elles négationnistes, qui a pu s'organiser sur les plans financiers et logistiques et mettre en place un *Institute for Historical Review* (IHR) à Los Angeles en 1978. À la base de cet *Institute* aux parures scientifiques (105), on retrouve un certain Willis A. Carto qui a œuvré parallèlement au Liberty Lobby, un mouvement d'extrême droite ultraconservateur proche du Ku Klux Klan (106). Cela dit, les performances de l'IHR sur le plan idéologique ont été (et restent aujourd'hui) assez modestes (107). Constamment miné par des dissensions internes, il aura connu son moment de notoriété peu après sa création lorsque Carto offrit une récompense de 50.000 \$ à qui- conque prouverait l'existence de chambres à gaz. Le défi fut relevé par un rescapé d'Auschwitz, Mel Mermelstein, qui, outre la récompense, finit par remporter le procès (action civile) qu'il avait intenté à l'IHR en faisant valoir le concept original d'«*infliction intentionnelle de détresse émotionnelle*» (108).

(104) Une tendance qui puise ses propres racines dans les débats antérieurs, menés en Allemagne mais aussi aux Etats-Unis (Harry Elmer Barnes, Sydney Faye), à propos des limites de la responsabilité de l'Empire allemand dans le déclenchement de la Première Guerre mondiale; voir B. BAILER-GALANDA, «„Revisionismus“ — Pseudowissenschaftliche Propaganda des Rechtsextremismus», in B. BAILER-GALANDA et al. (Hrsg.), *Wahrheit und „Auschwitz-Lüge“*, op. cit. (v. note 94), pp. 18-24.

(105) Parmi les leitmotifs de l'établissement californien, la prétention scientifique figure en bonne place. Quoi de mieux, dès lors, que d'intituler la brochure qui en émane d'un titre ronflant (*The Journal of Historical Review*) qui sèmera volontiers la confusion auprès de lecteurs peu avertis? Du reste, les *Annales d'histoire révisionniste*, issues de la Société éponyme animée par l'éditeur de la Vieille Taupe, Pierre Guillaume, singeront la démarche du côté francophone, mais sans guère de succès.

(106) M. SHERMER and A. GROBMAN, *Denying History*, op. cit. (v. note 33), pp. 43-46.

(107) L'idéologue du «révisionnisme» aux Etats-Unis, Arthur Butz, dont le livre *The Hoax of the Twentieth Century* (1976) est devenu la bible du mouvement, est étranger au développement de l'IHR.

(108) L. DOUGLAS, «Régender le passé», loc. cit. (v. note 34), pp. 216-217.

Le négationnisme fit également la une de la presse en Amérique du Nord (109), au Canada plus précisément, à l'occasion des deux procès intentés contre l'éditeur Ernest Zündel en 1985 et 1988 respectivement (110). Ce double procès n'eut pas seulement des répercussions sur le plan médiatique, où Zündel n'hésita pas à se présenter comme le martyr d'une «vérité officielle», il contribua à brouiller les pistes entre histoire, négationnisme et liberté d'expression. Les parties défenderesses se fondèrent notamment sur le principe du contradictoire pour inviter leurs propres «experts» (Faurisson) à qui on accorda le même crédit qu'à d'autres historiens choisis par le Ministère Public. Dans le respect le plus strict de la loi, les propos négationnistes contrebalançaient le discours des historiens pour constituer l'envers de la vérité historique (111). Pour de nombreux spécialistes de la *Common Law*, il apparaissait que le recours aux tribunaux n'offrait pas une répression adaptée des discours négationnistes. Tant et si bien que la confusion fut totale lorsqu'en 1992 la Cour Suprême du Canada jugea non conforme au principe de liberté d'expression, et dès lors inconstitutionnelle, la section du Code Pénal sur la base de laquelle Zündel fut condamné en 1988. En cassant ce jugement, la Cour Suprême assimila la négation du

(109) Pour une analyse anglo-saxonne approfondie de la liberté d'expression et du négationnisme en droit comparé : D.A.J. RICHARDS, *Free speech and the politics of identity*, Oxford, University Press, 1999, pp. 150-180.

(110) Fondateur et dirigeant de la maison d'édition *Samisdat Publishers*, Ernest Zündel, résident canadien d'origine et de nationalité allemande, s'oriente vers l'édition de publications ouvertement racistes et antisémites. C'est ainsi qu'il réédite le pamphlet négationniste de Richard HARWOOD, *Did Six Million Really Die?*, et publie lui-même *The Hitler We Loved and Why*, ouvrages qu'il destine principalement au marché européen.

(111) Tout distingue pourtant l'histoire de la recherche du faux dans le passé : «*Il ne faut pas se demander comment, techniquement, un tel meurtre de masse a été possible. Il a été techniquement possible puisqu'il a eu lieu. [...] Il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de débat sur l'existence des chambres à gaz*» (*Le Monde*, 21 février 1979). Deborah Lipstadt ne dit pas autre chose quand elle soutient que le négationnisme ne constitue pas l'«autre» versant d'un «débat» légitime ni même la prolongation assurée de la liberté d'expression sous couvert du Premier Amendement (D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust*, *op. cit.* (v. note 33), p. 17). Selon la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis, le négationnisme appartient en effet aux «*fausses déclarations de faits*», lesquelles «*interfèrent avec la fonction de recherche de vérité du marché des idées*» (L. DOUGLAS, «*Régenter le passé*», *loc. cit.* (v. note 34), p. 217). La Cour européenne des droits de l'homme a également confirmé ce point de vue (voy. notamment la décision *Garaudy c. France*, 24 juin 2003). Cependant, Pierre Vidal-Naquet précisera plus tard que «*face à un Eichmann de papier, il faut répondre par du papier*» («*Du côté des persécutés*» [1981], repris dans *Les assassins de la mémoire*, *op. cit.* (v. note 94), p. 106).

judéocide à une déclaration impopulaire comme une autre, soit «*toute déclaration éventuelle qui n'est pas en phase avec les 'vérités' couramment acceptées*». Ce faisant, elle compara l'incrimination pénale à une loi digne des «*Etats totalitaires comme le régime nazi en Allemagne*», ce qui n'était pas le moindre des paradoxes (112). Ce n'est qu'à la suite d'un périple rocambolesque que Zündel fut finalement condamné en Allemagne, où il avait été reconduit contre son gré, à cinq ans de réclusion. Le jugement fut prononcé le 15 février 2007 sur la base de l'article 130 (3) du Code pénal — incitation à la haine — révisé le 13 novembre 1998 (113). Il faut dire qu'en une quinzaine d'années, le dispositif pénal pour la répression du négationnisme du génocide juif s'était profondément resserré et renforcé en Allemagne comme dans d'autres pays européens de tradition civiliste.

III. — *Le recours à une législation «spécifique»*

Tout au long des années 1980, des actions judiciaires ont été menées contre les auteurs de propos et d'écrits négationnistes, particulièrement en France, où les scandales ont atteint une dimension publique par relais médiatiques interposés. Progressivement, des voix se sont élevées, notamment dans les rangs des associations des filles et fils de déportés, pour réclamer une loi sanctionnant pénalement la négation du génocide juif. Ceux-ci soulignaient que, dans la plupart des cas, les thèses négationnistes n'étaient jamais sanctionnées en tant que telles, mais «*au titre de la provocation à la discrimination, de la difamation, des injures, ou encore de l'apologie des crimes de guerre contre l'humanité*» (114). Il leur apparaissait que les instruments législatifs en vigueur (loi contre le racisme du 1^{er} juillet 1972 en France, loi contre le racisme et la xénophobie du 30 juillet 1981 en Belgique, etc.) ne permettaient pas d'établir une répression qui fût à la fois efficace et adaptée au contexte tendu décrit plus haut. Pourtant, s'il est clair que certains jugements rendus ne reflétaient pas l'exacte mesure

(112) L. DOUGLAS, «Régenter le passé», *loc. cit.* (v. note 34), pp. 235-236.

(113) *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16 février 2007.

(114) J.P. FELDMAN, «Peut-on dire impunément n'importe quoi sur la Shoah? (De l'article 24bis de la loi du 29 juillet 1881)», *Revue de Droit international et de Droit comparé*, 75 (3), 1998, pp. 259-260.

des enjeux, d'autres, à l'inverse, tombaient dans le piège d'une sacralisation de l'histoire récente au risque de générer de nouveaux tabous. C'est ainsi que le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 8 juillet 1981, dans l'un des deux procès intentés par la Licra et d'autres associations contre Faurisson, proclamait l'existence d'une sorte de «délai de rigueur» durant lequel l'historien était censé se tempérer (115). Si le tribunal prenait bien soin de rappeler qu'il ne lui appartenait pas de «*confirmer l'histoire*», un tel verdict témoignait d'une mécompréhension surprenante vis-à-vis de la démarche historique, en général, et de celle de l'histoire du temps présent, en particulier.

Les changements, toutefois, vinrent d'ailleurs. En butte à une recrudescence de la propagande néo-nazie au début des années 80, la République Fédérale allemande fut la première à réagir en préparant, dès 1982, un projet de loi ciblant spécifiquement le négationnisme, plus connu sous le nom d'*Auschwitz-Lüge*. Le fait que la répression s'appuyait précédemment sur les notions générales d'incitation à la haine, d'incitation à la haine raciale et d'insulte (correspondant aux articles 130, 131 et 185 du Code pénal, respectivement) avait, dans certains cas, débouché sur des aberrations de raisonnement (116). Un changement de majorité et de coalition gouvernementale fit traîner les choses. Le projet de loi fut finalement exhumé à la veille des célébrations du 40^{ème} anniversaire de la Libération et fit l'objet d'âpres discussions politiques, voire partisanses. Un compromis fut finalement arraché : la loi du 13 juin 1985 maintenait le recours à l'article 185 du Code

(115) «*Attendu que s'il est admissible que l'historien spécialiste d'une époque largement révolue peut, en toute impunité juridique, manier, voire solliciter textes et documents et contribuer ainsi, par un exercice de virtuosité historique, au renversement de statues ou à l'éradication de thèses ou croyances séculaires, un tel 'jeu intellectuel' ne saurait se concevoir chez l'historien qui choisit de porter ses recherches et ses réflexions sur une période récente de l'Histoire douloureuse et tragique des hommes, sur une époque dont les témoins encore vivants et meurtris méritent égards et considération*». Cette section du jugement a été révisée par un arrêt de la Cour d'Appel deux ans plus tard. Voir J. STENGERS, «*Quelques livres propos sur Faurisson, Roques et Cie*», *loc. cit.* (v. note 33), p. 502.

(116) Ainsi, un jugement du Tribunal Constitutionnel Fédéral du le 18 septembre 1979 donna raison au plaignant sur base de l'article 185 du Code pénal en prouvant qu'il était bel et bien «*insulté*» en sa qualité de Juif «*Mischling*». Pour ce faire, la Cour dut recourir aux définitions prodiguées par les lois de Nuremberg de 1935! Voir L. DOUGLAS, «*The Memory of Judgement : The Law, The Holocaust, and Denial*», *Memory and History*, 7 (2), 1996, p. 102.

pénal (*Beleidigung*) mais précisait qu'une pétition préalable n'était plus exigée lorsque la victime appartenait « à un groupe ayant subi les persécutions du régime national-socialiste ou d'un autre régime de terreur et de violence » (*einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft*) (117). Cet appendice permettait à la majorité conservatrice d'associer, au titre de persécutés, les populations allemandes victimes des mouvements d'expulsion (*Vertreibung*) d'Europe centrale et orientale au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Certaines fractions de la CSU (chrétiens-démocrates bavarois) avaient, il est vrai, profité des tribunes parlementaires pour s'affranchir des éléments compromettants du passé allemand. Ces discours intervenaient peu après la visite controversée du président Reagan au cimetière de Bitburg et n'allaient pas peu contribuer à alimenter le fameux *Historikerstreit*, la querelle des historiens allemands sur la singularité du génocide juif (118). Chose intéressante, c'est exactement le moment que choisit l'État d'Israël pour se doter d'une loi réprimant la dénégation ou la minimisation de la portée des actes génocidaires commis à l'égard du peuple juif pendant le régime national-socialiste (119).

Le mouvement finit par atteindre la France. Charles Pasqua, alors ministre de l'Intérieur, évoque, le premier, l'idée d'une modification de loi de 1881 sur la liberté de la presse en créant un « délit de négation des crimes contre l'humanité » (120). Sous la

(117) E. STEIN, «History against Free Speech: The New German Law against the 'Auschwitz' — and other — 'Lies'», *Michigan Law Review*, 85 (2), 1986, pp. 305-314; A. WEUSTHOFF, «Endlich geregelt? Zur Ahndung der Holocaust-Leugnung durch die deutsche Justiz?», in B. BAILER-GALANDA et al., *Wahrheit und „Auschwitz-Lüge“*, op. cit. (v. note 94), pp. 241-243 (nous soulignons).

(118) Le 5 mai 1985, Ronald Reagan décide de conserver à son programme la visite du cimetière de Bitburg, près de Trèves, après que fut révélée la présence de dépouilles de soldats SS. Dans une interview accordée au *New York Times* (19 avril 1985), il déclare : «*I think there is nothing wrong with visiting that cemetery where those young men are victims of Nazism also, even though they were fighting in German uniform, drafted into service to carry out the hateful wishes of the Nazis. They were victims, just as surely as the victims in the concentration camps*». Contre son gré et sous la pression de l'opinion publique, il dut se résoudre à visiter Auschwitz également. Voir D. LACAPRA, «Revisiting the Historians' Debate. Mourning and Genocide», *History and Memory*, 9 (1-2), 1997, pp. 95-96. Sur l'*Historikerstreit*, nous revoyons au recueil des interventions originales traduites en français : *Devant l'histoire. Les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par les nazis*, Paris, Cerf, 1988.

(119) Denial of Holocaust (Prohibition) Law 5746-1986 (votée à la Knesset le 8 juillet 1986).

(120) M. REBÉRIOUX, «Le génocide, le juge et l'historien», *L'Histoire*, n° 138, novembre 1990, p. 93.

houlette du député Georges Sarre, des parlementaires socialistes rendent publique, en avril 1988, une proposition de loi «*tendant à renforcer la législation anti-raciste en vue de combattre les thèses révisionnistes et de permettre les poursuites à l'encontre des négateurs de l'holocauste nazi*» (121). Ce n'est pourtant que deux ans plus tard, dans le sillage de l'affaire *Notin* (qui éclate en janvier 1990) et à la suite de la profanation du cimetière juif de Carpentras (dans la nuit du 8 au 9 mai 1990), que le projet de législation reprend vie au sein de la majorité. Sous l'impulsion de Laurent Fabius, alors président de l'Assemblée Nationale, un texte est finalement présenté par le député communiste, Jean-Claude Gaysot. Promulguée le 13 juillet 1990, la loi dite Gaysot (article 24*bis* de la loi du 29 juillet 1881) qualifie de délit la contestation d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels que définis à l'article 6 du Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg (122). Mais cette référence explicite à une vérité judiciaire issue d'une juridiction internationale comportait deux implications antithétiques : d'un côté, elle verrouillait *ipso facto* l'incrimination de crime contre l'humanité dans le temps ; de l'autre, elle ne reconnaissait pas nommément le génocide des juifs d'Europe comme un crime *sui generis* (123). Tant et si bien que la loi ne pouvait satisfaire ni les partisans d'une conception «*extensive*» de la législation anti-négationniste ni, à l'inverse, les avocats d'une conception «*spécifique*» axée sur les trois piliers de la contestation négationniste. Quant aux historiens, ils sont alors très peu nombreux, à recommander l'abrogation de la loi et à craindre, à l'instar de Madeleine Rebérioux ou de Jean Stengers, qu'elle ne fige une «*vérité historique*» (124).

(121) J. STENGERS, «*Quelques libres propos sur Faurisson, Roques et Cie*», *loc. cit.* (v. note 33), pp. 510-511, n° 65. De la lecture de l'Exposé des motifs, il ressort que les auteurs de la proposition croient manifestement que l'Allemagne est pourvue d'une loi spécifique contre le négationnisme.

(122) B. BEIGNIER, «*De la langue perfide, délivre moi...*», réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite 'loi Gaysot', dans *Pouvoir et Liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 497-533.

(123) C'est le sens même de l'appendice accolé à la définition qui fut faite des crimes contre l'humanité en 1945 : «*(...) commis à la suite de tout crime entrant dans la compétence du tribunal ou en liaison avec ce crime*». Voir A. WIEVIORKA, *Le procès de Nuremberg*, *op. cit.* (v. note 86), pp. 36-38 ; L. DOUGLAS, «*The Memory of Judgement*», *loc. cit.* (v. note 116), pp. 106-107.

(124) M. REBÉRIOUX, «*Le génocide, le juge et l'historien*», *loc. cit.* (v. note 120), pp. 92-94 ; J. STENGERS, «*Révisionnisme : quoi faire et ne pas faire...*», *Le Soir*, 28 mai 1990.

La loi du 23 mars 1995 votée par le Parlement belge s'est très largement inspirée de la loi Gayssot pour qualifier un nouveau délit — le négationnisme. Mais elle s'en est écartée lorsqu'il s'est agi de cibler la répression précisément sur le «*génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale*». Ses références juridiques ne sont pas tirées de l'Accord de Londres de 1945 mais de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948. En ce sens, la loi belge «*a la sagesse de ne pas faire référence à une vérité judiciaire pour son discours sur le génocide perpétré par les nazis*» (125). Toujours est-il qu'au moment où la Belgique se dote d'une loi anti-négationniste, elle rejoint l'Autriche (§3h de la *Verbotsgesetz 1947*; amendement de 1992) et la Suisse (article 261*bis* du Code pénal; 18 juin 1993) tout en devançant une série d'autres pays. Plus généralement, la pénalisation du négationnisme de l'Holocauste va connaître un renforcement à la fin des années 90 à la suite de plusieurs initiatives nationales et supranationales et par le truchement de dispositions censées adapter les législations nationales aux nouveaux enjeux informatiques («Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination d'acte de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques» adoptée au sein du Conseil de l'Europe le 30 janvier 2003) (126).

IV. — *Le génocide arménien*

A la lumière de ce qui précède, le cas du génocide arménien est assez particulier. La mémoire de ce génocide n'a en effet appartenu un temps qu'à la seule diaspora arménienne, qui n'a commencé qu'après la Seconde Guerre mondiale à lutter pour en obtenir la reconnaissance. Privée de tout réel recours à une justice nationale ou internationale qui aurait pu donner un contour à cette mémoire, la réalité de ce génocide n'a été éta-

(125) «Notre responsabilité morale. Entretien avec Maxime Steinberg», *loc. cit.* (v. note 87), p. 30.

(126) Nous renvoyons à l'article de François DUBUISSON dans la présente livraison de la Revue.

blie que tardivement par la communauté scientifique internationale (127).

L'Etat turc, pour sa part, n'a jamais reconnu — et ne reconnaît toujours pas — l'existence de ce génocide, pourtant perpétré par le régime des «Jeunes Turcs» à la tête d'un Empire ottoman avec lequel il ne se confond pas. Là où, en Allemagne ou au Rwanda, le génocide fait partie intégrante de la mémoire collective, l'article 301 du Code pénal turc poursuit toujours aujourd'hui toute allusion à la «*thèse du génocide arménien*», considérée comme une insulte à l'identité turque (128). La négation de ce génocide peut donc s'appuyer sur la contestation, par l'Etat ayant succédé au régime «responsable» de ce massacre, de l'existence d'une volonté délibérée d'exterminer le peuple arménien. La diaspora arménienne parle d'ailleurs de «négationnisme d'Etat» à cet égard (129). La reconnaissance internationale du génocide arménien relève par conséquent davantage d'une histoire des relations diplomatiques entre la Turquie et le reste du monde; elle est à ce jour demeurée un acte principalement politique, sans prendre la forme d'une législation pénale sanctionnant sa négation (130).

Une des premières reconnaissances officielles du génocide arménien a été votée par le Parlement européen le 18 juin

(127) Voy. l'étude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide, adoptée par la sous-commission pour la prévention contre la discrimination et la protection des minorités de l'ONU le 29 août 1985, selon laquelle le massacre des Arméniens par les Ottomans figure parmi les causes de génocides recensés au 20^e siècle; ainsi que le colloque intitulé *Tribunal Permanent des Peuples*, réuni à Paris le 29 août 1984 et composé d'éminentes personnalités internationales, qui a considéré comme bien fondée l'accusation du génocide arménien formulée contre les autorités turques (extraits du jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 21 juin 1995, R.G. 4767/94, *Forum des associations arméniennes de France c. Bernard Lewis*, disponible sur www.voltairenet.org — consulté le 7 décembre 2007). Voy. également le rapport «The applicability of the United Nations Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide to events which occurred during the early twentieth century. Legal analysis prepared for the International Center for Transitional Justice», 2002, <http://groong.usc.edu/ICTJ-analysis.pdf> (consulté le 7 décembre 2007).

(128) E. SHAFAK, «Guérir la plaie de notre histoire», *Le Monde*, 13 octobre 2006.

(129) Voy. A. TER MINASSIAN, «Les Arméniens au 20^e siècle», *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 67, juillet-septembre 2000, pp. 135-150.

(130) En Suisse, le Code pénal condamne la négation d'un génocide. Dès lors que certains cantons ont reconnu le génocide arménien, la négation de celui-ci est pénalement punissable dans ces cantons. Tel a été le cas de Dogu Perinçek (homme politique turc), condamné en mars 2007 par le tribunal de police de Lausanne à une amende pour négationnisme (le jugement a été confirmé par la Cour de cassation vaudoise le 18 juin 2007).

1987. Cette résolution expose « *que les événements tragiques qui se sont déroulés en 1915-1917 contre les Arméniens établis sur le territoire de l'Empire ottoman constituent un génocide* » (131). En réalité, cette reconnaissance est la réponse presque immédiate à une demande formelle d'adhésion de la Turquie à la Communauté européenne, datée du 14 avril 1987. Le Parlement « *est d'avis que la question arménienne et la question des minorités en Turquie doivent être restituées dans le cadre des relations entre la Turquie et la Communauté; souligne en effet que la démocratie ne peut être implantée solidement dans un pays qu'à condition que celui-ci reconnaisse et enrichisse son histoire de sa diversité ethnique et culturelle* ». Depuis cette date, pas moins de 21 parlements ou gouvernements nationaux, et près d'une cinquantaine de régions ou d'états fédérés (dont 40 états américains), ont officiellement reconnu le génocide arménien.

Les mobiles de ces interventions politiques ne sont cependant pas seulement diplomatiques. Ces Etats voient en effet foisonner les demandes et les conflits de petites communautés turques et arméniennes installées sur leur territoire. Ainsi, la loi française du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien, seulement déclarative, visait notamment à favoriser l'intégration harmonieuse des Français d'origine turque et arménienne (132). Cette loi « *satisfait la communauté arménienne qui n'a pas l'intention de s'en prévaloir pour obtenir des réparations en France* » (133). Mêlant diplomatie et lobbying, le projet de résolution du Congrès américain relatif au génocide arménien, déposé le 30 janvier 2007, fait quant à lui l'objet de fortes pressions de la Turquie et de la diaspora

(131) Résolution du 18 juin 1987 sur une solution politique de la question arménienne, *J.O.C.E.*, C-190, 20 juillet 1987, pp. 119-121.

(132) Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *Journal officiel*, 30 janvier 2001, p. 1590; voy. la déclaration de Jean-Pierre BLAZY, *Journal officiel de l'Assemblée nationale*, 1^e séance du 18 janvier 2001, p. 561. Autre argument invoqué lors de cette même séance, par le député Devidjan : « *assumer notre histoire de France et les engagements que nos prédécesseurs ont pris* », après avoir rappelé l'existence d'un mémorandum envoyé par la France à l'Empire ottoman le 24 mai 1915, condamnant les « *nouveaux crimes contre l'humanité et la civilisation* ». Sur l'adoption de cette loi, et en particulier sur son « *immixtion dans le champ diplomatique* », voy. O. MASSERET, « *La reconnaissance par le Parlement français du génocide arménien de 1915* », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 73, janvier-mars 2002, pp. 139-155.

(133) Assemblée nationale française, *Bulletin des commissions*, compte rendu n° 19, réunion de la commission des Affaires étrangères du 10 janvier 2001.

arménienne américaine, l'un et l'autre ayant investi des centaines de milliers de dollars pour convaincre le Congrès de voter en sa faveur (134). A ce jour, la procédure d'adoption de cette résolution est suspendue, en raison des craintes de répercussion de ce vote sur les troupes américaines engagées dans la guerre en Irak.

Dans le contexte du «non» au référendum sur la Constitution européenne, en partie influencé par la possibilité d'une adhésion de la Turquie à l'Union européenne, ainsi que d'une campagne électorale présidentielle au cours de laquelle cette adhésion de la Turquie a à nouveau fait l'objet de multiples prises de position, l'Assemblée nationale française a adopté, le 12 octobre 2006, une nouvelle proposition de loi visant à pénaliser la négation du génocide arménien, non sans soulever de nouvelles inquiétudes. Selon des historiens et intellectuels turcs *«une telle loi ne pourrait que nuire à l'avancée du travail de mémoire et de réflexion sur l'histoire entamé aujourd'hui»* (135). Plus critique encore, Michel Wieviorka juge que cette loi *«vise d'une part à flatter de façon démagogique l'électorat arménien, et d'autre part à caresser dans le sens du poil l'électorat, beaucoup plus large, qui veut tenir la Turquie à distance de l'Europe»* (136).

En Belgique également, le débat a fait couler de l'encre au Parlement et dans la presse. Par une résolution du 17 mars 1998, le Sénat belge a reconnu le génocide arménien (137). Cette résolution peu motivée et peu discutée ne s'appuie, outre les objectifs de réconciliation entre la République turque et l'Arménie (pourtant mis en doute dans la justification de la résolution, eu égard à l'absence de continuité historique entre la Turquie actuelle et l'Empire ottoman de l'époque), que sur l'importance qu'elle revêtirait pour une communauté arménienne de 5.000 membres vivant en Belgique.

La question a ressurgi de manière beaucoup plus approfondie à l'occasion d'une proposition de modification de la loi du

(134) M. ISIKOF, «A fight over an ugly past», *Newsweek*, 22 octobre 2007.

(135) M. BELGE e.a., «Le travail sur l'histoire sera bloqué en Turquie», *Libération*, 10 mai 2006. Voy. également E. SHAFAK, *loc. cit.* (v. note 128).

(136) M. WIEVIORKA, «Les députés contre l'histoire», *Le Monde*, 17 octobre 2006.

(137) Résolution du 17 mars 1998 relative au génocide des Arméniens de Turquie en 1915, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1995-1999, n° 1-736/3.

23 mars 1995 qui pénalise la négation de l'Holocauste (138), laquelle visait notamment à étendre le champ d'application de cette loi aux «génocides» arméniens, rwandais et... cambodgiens (139). Le débat public, en ce compris dans la presse, s'est cependant rapidement centré sur le génocide arménien, entre les partisans de la condamnation d'un député bruxellois d'origine turque refusant d'utiliser le mot génocide pour qualifier les massacres de 1915, et les défenseurs de la coexistence harmonieuse des communautés en Belgique («*pour certaines personnes de bonne foi, éduquées dans un contexte culturel différent*»), la réalité de ce génocide ne serait en effet pas établie (140), ou de la nécessité d'un lien avec la Belgique (évident pour l'Holocauste, mais pas à l'égard des arméniens). D'un côté comme de l'autre, on s'appuyait sur l'état de paix sociale pour valider sa posture. Et c'est d'ailleurs au nom de la réconciliation (entre parlementaires?) que la discussion a été reportée *sine die* (141).

B. — *La mémoire renaissante de l'esclavage colonial*

L'abolition de l'esclavage au cours du 19^e siècle, dans le monde occidental, a notamment eu pour conséquence un refoulement du passé servile, permettant peut-être de «*recomposer une société meurtrie*». «*L'Abolition, qui signifia en même temps pour les nouveaux libres, du moins pour les colonies françaises, l'accession à la citoyenneté, débouchait tout naturellement sur la voie, à la fois culturelle et politique, de l'assimilation*» (142). C'est «*le silence et l'oubli qui semblaient*

(138) Projet de loi modifiant les articles 259*bis*, 314*bis*, 504*quater*, 550*bis* et 550*ter* du Code pénal et la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1135/1.

(139) Bien que certains parlementaires admettent expressément qu'il existe un débat scientifique pour savoir si les crimes perpétrés par les Khmers rouges constituent un génocide (voy. le Rapport sur le projet de loi précité, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1135/3, p. 12).

(140) Rapport précité, p. 33.

(141) Rapport précité, pp. 36-39. Voy. sa remise à l'ordre du jour le 12 juillet 2007 : *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 2007, n° 4-54/1, fondée sur une lettre du MRAX selon laquelle «*depuis plusieurs mois, nos concitoyen(ne)s arménien(ne)s ou d'origine arménienne subissent d'insupportables atteintes à leur histoire*».

(142) J.L. BONNIOL, «Les usages publics de la mémoire de l'esclavage colonial», *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 85, janvier-mars 2007, p. 15; M. COTTIAS, «L'oubli du passé contre la 'citoyenneté' : troc et ressentiment à la Martinique (1848-1946)», dans *Cinquante ans de départementalisation*, F. CONSTANT et J. DANIEL (éd.), Paris, L'Harmattan, 1997.

caractériser généralement les postures mémorielles développées jusqu'ici sur la traite et l'esclavage» (143), ce «refus de remémoration» tenant en réalité lieu, jusqu'il y a peu, de mémoire (144). Ce silence de la mémoire nationale est d'ailleurs avancé en France pour justifier l'instrumentalisation actuelle de l'esclavage colonial comme «ressource politique et/ou modalité de négociation ou d'opposition entre les Départements Français d'Amérique, la Réunion et l'hexagone, ou entre 'communautés' imaginées» (145). Un phénomène d'amnésie comparable a d'ailleurs été à l'œuvre après la décolonisation, dans les anciennes métropoles, à propos de leur histoire coloniale (146).

La «genèse d'une quête mémorielle relative à l'esclavage colonial», si elle peut remonter au mouvement de la *négritude* des années 1930 — soit après la disparition des derniers esclaves —, trouve davantage sa place au cœur des années 1960, en parallèle avec les décolonisations et les mouvements nationalistes, à l'occasion des premières «mise[s] en service politique[s] de cette mémoire» (147). La traite et l'esclavage sont alors pro-

(143) Ch. CHIVALLON, *loc. cit.* (v. note 80), p. 65.

(144) M. GIRAUD, «Les enjeux présents de la mémoire de l'esclavage», dans *L'Esclavage, la colonisation et après... France, Etats-Unis, Grande-Bretagne*, P. WEIL et S. DUFOIX (dir.), Paris, PUF, 2005, pp. 533-558.

(145) M. COTTIAS, «Et si l'esclavage colonial faisait histoire nationale», *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, supplément 2005, n° 52-4bis, pp. 59-63. Selon l'anthropologue Jean-Luc Bonniol, une trace visible de l'esclavage colonial serait cependant demeurée, qui est essentielle dans les débats qui concernent aujourd'hui la demande sociale de mémoire et la recherche de repères identitaires : la couleur de la peau. «La mémoire de l'esclavage semble donc intimement liée à une «question noire» évoquée de plus en plus fréquemment dans le débat public, à l'heure des discours sur les 'minorités visibles', du fait de la persistance de ces exclusions ou minorations (...), mais aussi du fait de l'émergence d'une 'conscience noire', porteuse d'appartenance communautaire» (J.L. BONNIOL, «Les usages publics de la mémoire de l'esclavage colonial», *loc. cit.* (v. note 142), p. 16). Voy. la contestation de l'existence de cette communauté noire par S. ROMANA, «Le 10 mai, une date sans nous», 11 mai 2006, publié sur www.cm98.org, sous l'onglet «Infos — opinions» (consulté le 7 décembre 2007).

(146) La guerre d'Algérie n'est reconnue par l'Assemblée nationale française qu'en juin 1999. La mémoire de la colonisation du Congo par le roi des Belges Léopold II ne renaît réellement qu'avec la publication de l'ouvrage d'Adam HOCHSCHILD, *Les Fantômes du roi Léopold. Un holocauste oublié* (Paris, 1998); celle de la colonisation belge avec l'enquête parlementaire menée sur l'assassinat de Patrice Lumumba (v. note 43, ainsi que M. DUMOULIN, B. BALTEAU, «Colonisation belge : historiographie et mémoire audiovisuelle», *Revue Nouvelle*, n°s 1-2, janvier-février 2005, pp. 70-80; J.P. NANDRIU, V. PIETTE, «La difficile histoire du temps colonial», *Esprit Libre*, n° 43, octobre 2006).

(147) J.L. BONNIOL, «Les usages publics de la mémoire de l'esclavage colonial», *loc. cit.* (v. note 142), p. 17; J.L. BONNIOL, «Echos politiques de l'esclavage colonial, des départements d'outre-mer au cœur de l'Etat», dans *Politiques du passé*, C. ANDRIEU, M.C. LAVABRE et D. TARTAKOWSKI (dir.), Aix-en-Provence, Publications de l'université

gressivement réintroduits dans le débat public des métropoles privées de leurs colonies «*par des représentants des communautés noires qui se sont constituées en Angleterre, en France et au Pays-Bas, tous pays anciennement propriétaires de colonies de plantation*» (148), et plus particulièrement à l'occasion de la commémoration, en 1992, de la «découverte» de l'Amérique par Christophe Colomb (149). Sa consécration internationale voit le jour en 1994, par la mise en œuvre du programme interculturel de l'Unesco «La Route de l'Esclave», dont un des objectifs est de «*briser le silence en faisant connaître universellement la question de la traite négrière transatlantique et de l'esclavage, dans l'océan Indien et en Méditerranée, ses causes profondes, les faits historiques et les modalités d'exécution par des travaux scientifiques*» (150).

Les commémorations semblent par ailleurs être le moment privilégié du réveil des demandes mémorielles. Ainsi, à Bristol, en Angleterre, le 500^e anniversaire du voyage au départ de Bristol de John Cabot, en 1996, ainsi que la tenue du Festival International de la Mer, vont susciter des protestations diffuses qui, de fil en aiguille, vont renverser totalement la position de cette ville à l'égard de son passé esclavagiste, au point de mettre en place «*une véritable machine du souvenir*» (151). En France, c'est la commémoration des 150 ans de l'abolition de l'esclavage, en 1998, qui semble réveiller le débat sur la mémoire de l'esclavage colonial. Dans un article paru dans *Le Monde* du 27 avril 1998, l'indépendantiste guadeloupéen Luc Reinette dénonce cette commémoration en agitant le spectre de la concurrence des victimes : «*Gardons-nous de graduer la souffrance! Mais constatons qu'il y a eu reconnaissance du génocide des Juifs, condamnation du crime, prise en compte de la douleur. Rien pour l'esclavage. Rien!*». A l'instar des autres anciennes métropoles, la migration croissante vers la France d'une population issue de

de Provence, 2006, pp. 59-69. Ces premières revendications mémorielles ont par exemple conduit à l'adoption de la loi française n° 83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage, *Journal officiel*, 1^{er} juillet 1983.

(148) P.C. EMMER, «L'Afrique et l'impact de la traite atlantique», *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, supplément 2005, n° 52-4bis, p. 15.

(149) B. STORA, *loc. cit.* (v. note 6), p. 12.

(150) Ce programme a été mis en œuvre par l'adoption de la résolution de l'Unesco 27C/3.13 par la Conférence générale de l'UNESCO, lors de sa 27^e session en 1993. Le site internet du programme : www.unesco.org/culture/slaveroute.

(151) Ch. CHIVALLON, *loc. cit.* (v. note 80), pp. 69-72.

ses anciennes colonies et de ses départements et territoires d'outre-mer a pris une ampleur telle que de véritables groupes de pression vont pouvoir se constituer, dont l'audience est facilitée par l'évolution et l'utilisation des médias (152). Une marche nationale en souvenir des victimes de l'esclavage colonial réunit à Paris, le 23 mai 1998, quarante mille personnes, provoquant même la création d'un Comité indépendant «Marche du 23 mai 1998». Ces diverses manifestations, et celles qui les ont suivis, sont à l'origine du vote, le 10 mai 2001, de la loi dite «Taubira» tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. L'article 5 de cette loi donne en outre aux associations mémorielles le droit d'engager des actions judiciaires pour «*défendre la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants*» (153). Suite à l'adoption de cette loi, enfin, un décret du 5 janvier 2004 crée un Comité pour la mémoire de l'esclavage (CPME), notamment chargé de l'identification des lieux de mémoire, de proposer des actions de sensibilisation du public et de suggérer des programmes de recherche et des mesures d'adaptation des programmes scolaires (154).

Tout était-il dit? Non. L'assignation en justice d'Olivier Pétré-Grenouilleau, déjà plusieurs fois évoquée, pour «contestation de crime contre l'humanité», fondée sur la loi Taubira, vient à nouveau bousculer le travail de mémoire en cours. Cette assignation est contemporaine à la promulgation de la loi du 23 février 2005 «*portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*» (155), et dont l'article 4 dispose notamment que «*les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française*

(152) R. MEYRAN, «Vers de nouvelles formes d'usages du passé?», *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 85, janvier-mars 2007, p. 8.

(153) Cette loi est citée à la note 53. Comme le souligne à juste titre Françoise Chandernagor, cette disposition ne permet cependant pas d'identifier les descendants d'esclaves, ni de savoir jusque quand l'on bénéficierait du titre de descendant d'esclave (F. CHANDERNAGOR, *loc. cit.* (v. note 9), p. 58).

(154) Décret n° 2004-11 du 5 janvier 2004 relatif au comité institué par la loi n° 83-550 du 30 juin 1983 relative à la commémoration de l'abolition de l'esclavage, *Journal officiel*, 6 janvier 2004. Le site internet de ce Comité est www.comite-memoire-esclavage.fr.

(155) Citée *supra* (v. note 52).

issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit». C'est l'année de parution de l'ouvrage de Claude Ribbe sur le *crime de Napoléon* : avoir rétabli l'esclavage (156), et de l'ouvrage collectif sur *La Fracture coloniale* (157). Le débat est vif, au sein des associations mémorielles : la concurrence des victimes s'accroît, celles du passé colonial s'ajoutant, sans se confondre, avec celles de l'esclavage. On ne parle d'ailleurs pas que d'instrumentalisation de l'histoire, mais également d'instrumentalisation (politique) des victimes (158).

La tentation est devenue forte, mais tout aussi fortement critiquée, d'expliquer les crises de la société française (la crise des banlieues, notamment) comme constituant la conséquence de son passé colonial. L'historien et anthropologue Régis Meyran synthétise ces postures : il faut selon lui «critiquer l'existence dans l'espace public d'une tendance consistant à nier les crimes coloniaux, comme celle d'une autre tendance cherchant à utiliser le passé colonial pour l'instrumentaliser» (159). Plus alarmiste, Claude Liauzu parle de crise historique notamment lorsqu'il voit apparaître les termes de «négationnisme colonial», engageant le passé dans cette concurrence des victimes de plus en plus dénoncée (160). La réflexion critique pro-

(156) C. RIBBE, *Le Crime de Napoléon*, Paris, Editions Privé, 2005.

(157) P. BLANCHARD, N. BANCEL ET S. LEMAIRE (dir.), *La Fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage colonial*, Paris, La Découverte, 2005.

(158) R. MEYRAN, *loc. cit.* (v. note 152), p. 7, citant R. BERTRAND, *Mémoires d'empire. La controverse autour du 'fait colonial'*, Paris, Editions du croquant, 2006. La lutte mémorielle sur la question coloniale a également surgi dans les années 1990, avec la montée en puissance du «devoir de mémoire». La guerre d'Algérie, centrale dans la question coloniale française, illustre de manière paradigmatique la concurrence des victimes : les pieds-noirs, les harkis, les soldats français, les enfants d'immigrés, tous sont porteurs d'une mémoire douloureuse, qui est parfois très différente d'un groupe à l'autre (voy. B. STORA, *La Gangrène et l'oubli. La mémoire de la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte, 1991). Voy. aussi J.P. DOZON, «La 'question noire' éclairée par l'histoire longue de colonialisme français», *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 85, janvier-mars 2007, pp. 22-26; J.P. CHRÉTIEN, «Certitudes et quiproquos du débat colonial», *Esprit*, février 2006, pp. 174-186.

(159) R. MEYRAN, *loc. cit.* (v. note), p. 9. Voy. également G. PERVILLE, «La confrontation mémoire-histoire en France depuis un an (2005-2006)», *Cahiers d'histoire immédiate*, n°s 30-31, automne 2006 — printemps 2007 (numéro spécial Actes du colloque «Bilan et perspectives de l'histoire immédiate»), p. 397.

(160) C. LIAUZU, «Entre mémoires et histoire : controverses sur les enjeux du passé colonial», *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 85, janvier-mars 2007, pp. 31-32. Voy. également C. LIAUZU, «Les historiens saisis par les guerres de mémoires coloniales», *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, supplément 2005, n° 52-4bis, pp. 99-109; D. LEFEUVRE, «Halte à la repentance», *L'Histoire*, n° 318, mars 2007, pp. 54-55. Le terme *négationnisme* apparaît aussi dans les débats entourant les atrocités commises dans le Congo de Léopold II (voy. M. DUMOULIN, *op. cit.* (v. note 83), spéc. pp. 34-35).

posée ci-dessous vise notamment à sortir « par le haut » du dis-crédit jeté sur l'histoire par cette mémoire vive de l'esclavage et du colonialisme.

4. — EN GUISE DE CONCLUSIONS :
RÉFLÉXION CRITIQUE SUR LES RÔLES RESPECTIFS
DU LÉGISLATEUR, DU JUGE ET DE L'HISTORIEN

Les interventions répétées du législateur et du juge pour sanctionner les atteintes au « devoir de mémoire » ont eu pour effet d'étendre le champ des « déviations réprimées » (161) à des contextes historiques pour lesquels le recours à la logique positiviste du « vrai/faux » s'est avéré moins aisé. L'arsenal des législations déclaratives ou répressives a ainsi insidieusement entraîné un déplacement de la ligne de rupture du contenu vers la démarche, de la vérité (historique) vers la liberté (de la recherche). Ce déplacement n'évacue pas tant le souci de la vérité historique — au contraire — qu'il force à le penser en d'autres termes et dans une autre configuration. Il conduit à une redéfinition de l'usage public de l'histoire sous l'angle d'une pragmatique de la responsabilité, qui fait l'objet de cette réflexion conclusive.

A. — *Les dangers des lois protectrices
de la vérité historique*

La première responsabilité du législateur vis-à-vis de l'histoire est, on l'a vu, de protéger, voire de promouvoir la recherche de la vérité historique. Aucune des lois dites « mémorielles » ne rencontre pourtant cette responsabilité essentielle, se pré-occupant d'autres enjeux de société fort ou fort peu légitimes, selon le cas.

Ces lois mémorielles, qui ont certes reçu des soutiens consé- quents expliquant leur existence et leur adoption, ont subi des critiques sévères, notamment de la part d'historiens et de juristes. Elles sont en effet par essence rétroactives. Elles visent toutes la commission dans le passé de crimes contre l'humanité,

(161) J.P. LE CROM, *loc. cit.* (v. note 76).

au sens qu'a cette notion dans notre droit actuel. Or, «*quand on définit, avec un concept d'aujourd'hui, un crime commis au XV^e siècle, comme dans la loi Taubira, on est carrément rétroactif de cinq cent ans, et anachronique en plus!*» (162). Autant la méconnaissance du principe de légalité des incriminations peut heurter le juriste, autant le caractère anachronique de cette qualification interpellera l'historien, voire le confrontera à une histoire fautive et néanmoins contraignante (163).

Un autre problème affecte les lois mémorielles : elles se limitent le plus souvent aux tragédies, mais en les ramenant à trois «éléments» : «*la victime, le bourreau, le témoin*» (164). Ce faisant, un législateur «*sanctuarise des mémoires particulières*» et s'oppose même aux objectifs visés par le Conseil de l'Europe dans ses programmes d'enseignement de l'histoire, qui sont de favoriser la compréhension mutuelle plutôt que l'affrontement entre les peuples (165). Il court le risque, bien actuel, de créer une inégalité injustifiable entre les victimes de tragédies historiques officielles et non officielles, et d'accentuer une concurrence des mémoires et des victimes (166) propre à diviser, et non à apaiser ou unir, les citoyens d'un pays : «*on ne peut soutenir ni que tous les crimes se valent, ni que la douleur des uns est moins respectable que celle des autres*» (167). Les débats actuels qui, en France, enserrent la mémoire de l'esclavage et du colonialisme illustrent ce danger de manière particulière-

(162) F. CHANDERNAGOR, *loc. cit.* (v. note 9), p. 56.

(163) Voy. l'exemple de l'article 1^{er} de la loi Taubira n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, dont la mauvaise rédaction imposerait implicitement aux historiens de convenir que, à l'encontre de toute réalité historique, les populations américaines des Caraïbes ont été victimes de la traite transatlantique (F. CHANDERNAGOR, *loc. cit.* (v. note 9), p. 57). Voy. également les propos de Pieter LAGROU sur la définition du génocide par le tribunal pénal international d'Arusha, ou sur les frontières géographiques et temporelles du «génocide» arménien, dans son article «Sanctionner pénalement les négationnistes?», *Politique*, n° 47, décembre 2006, p. 16.

(164) J. GOTOVITCH, *loc. cit.* (v. note 11), p. 10.

(165) Voy. notamment la Recommandation Rec(2001)15 du Conseil de l'Europe relative à l'enseignement de l'histoire en Europe au XXI^e siècle et le site internet précité (v. note 51).

(166) P. LAGROU, «Sanctionner pénalement les négationnistes?», *loc. cit.* (v. note 163), p. 16. Voy. par exemple une analyse comparée de la mémoire du fascisme et du communisme : C.S. MAIER, «Hot Memory... Cold Memory : On the Political Half-Life of Fascist and Communist Memory», *Transit. Europäische Revue* (online), n° 22, 2002, www.iwm.at (consulté le 11 septembre 2007).

(167) J.M. DENQUIN, «Liberté d'expression et droit de mentir», *Politeia*, n° 10, 2006, p. 122.

ment édifiante. Et un tel risque est d'autant moins justifié s'il n'est pris que pour satisfaire à des intentions électoralistes ou politiques générales, sans répondre à un réel besoin social.

C'est donc l'instrumentalisation de l'histoire par le pouvoir politique qui doit être limitée, pas le champ de la recherche historique. Le législateur peut agir par voie de dispositions générales, pour empêcher toute utilisation abusive de l'histoire (168). Il ne lui appartient cependant pas d'établir une vérité historique « officielle », ni de « *statuer sur les légitimités des mémoires privées, des mémoires vives qui évoluent au gré des circonstances et des convictions* » (169). « *La liberté d'expression, c'est fragile, récent, et ce n'est pas total : il est nécessaire de pouvoir punir, le cas échéant, la diffamation et les injustices raciales, les incitations à la haine, l'atteinte à la mémoire des morts, etc. Tout cela (...) était poursuivi et puni bien avant les lois mémorielles. Mais par pitié, ne multiplions pas les censures!* » (170).

Remplacer le lent processus d'établissement de la vérité historique « *par la décision majoritaire et conjoncturelle de parlementaires généralement incompétents sur le problème en discussion et préoccupés de leur intérêt politique à court terme* » ne pourrait constituer un progrès : c'est là, selon Jean-Marie Denquin, « *l'argument décisif contre les 'lois mémorielles'* ». L'adoption de ces lois doit rester limitée à la constatation de la vérité historique ; la loi ne peut prétendre établir celle-ci. L'incontestabilité de l'Holocauste constitue à cet égard « *un exemple trop favorable pour être généralisable* », et le législateur ne peut s'y référer sans risque de dériver, pour d'autres faits, vers « *l'affirmation de vérités légales qui seraient des erreurs objectives ou des mensonges légaux* » (171). La loi pénalisant la négation de l'Holocauste, en ce sens, n'est peut-être pas, en effet, « *une limi-*

(168) Voy. la proposition de Pieter LAGROU (« Sanctionner pénalement les négationnistes ? », *loc. cit.* (v. note 163), p. 15) de considérer comme circonstance aggravante du délit de diffamation ou de calomnie, les « *discours de falsification historique diffamatoires* ».

(169) J.P. NANDRIN, *loc. cit.* (v. note 4), p. 14.

(170) F. CHANDERNAGOR, *loc. cit.* (v. note 9), pp. 60-61. La littérature anglo-saxonne insiste même davantage sur le fait que « *we need more, not less, free speech in this domain, both in America and in Europe, because only such speech empowers the understanding and remedy of structural injustice at the deep levels at which it continues politically to operate* » (D.A.J. RICHARDS, *op. cit.* (v. note 109), p. 164).

(171) J.M. DENQUIN, *loc. cit.* (v. note 167), pp. 122-123.

tation de la liberté de l'historien, mais se déduit au contraire de la rigueur propre à sa discipline : elle n'est rien d'autre que le rappel de l'obligation de vérité» (172). Une obligation de vérité qui doit inciter tout acteur du présent à la plus grande prudence pour intervenir dans le passé, en ce compris le législateur (173).

Le rôle du politique doit donc, à notre estime, se limiter à «favoriser l'étude (de l'histoire) et la mémoire afin que les leçons tirées aient une influence positive sur notre comportement futur» (174), à sanctionner l'utilisation abusive de l'histoire et à lutter contre la falsification de la vérité historique. Si cet objectif peut être facilement partagé, il faut cependant encore souvent convaincre le législateur que les moyens pour y parvenir doivent être adéquats. Il est ainsi paradoxal de soutenir que la liberté de la recherche «a nécessairement ses limites et celles-ci ne peuvent être que d'origine légale», mais d'ajouter qu'une telle limitation «n'est rien d'autre que le rappel de l'obligation de vérité qui se déduit de la rigueur propre à sa discipline» (175). Il peut s'en déduire soit que la loi est superflue, soit qu'elle doit tendre à réglementer la méthode de recherche, d'interprétation et de critique historique, ce qui n'a jusqu'à présent jamais été son intention.

Notre propos n'entend donc pas priver le pouvoir politique d'intervenir dans le champ de l'histoire, au risque de limiter la liberté de la recherche. Mais il veut attirer l'attention du législateur sur les dangers du recours à la loi (176), tout en rappelant les nombreux autres moyens dont il dispose pour répondre aux demandes sociales de mémoire. Selon l'anthropologue Jean-Luc Bonniol, l'Etat : «doit protéger la liberté des historiens face aux actions des groupes de pression mémoriels, si ces der-

(172) C. LANZMANN, «Au nom d'une 'Liberté pour l'histoire', on ne peut pas mêler les événements historiques», *Libération*, 10 janvier 2006.

(173) Voy. notamment l'article de François Dubuisson dans la présente livraison de la Revue, qui souligne les dangers et les difficultés d'établir par référence aux décisions de juridictions internationales la réalité historique d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité.

(174) Ch. DEFRAIGNE, *loc. cit.* (v. note 44), p. 22.

(175) *Idem*, p. 23.

(176) «Une loi n'est pas un colifichet, ni un placebo. Elle est contraignante par nature, elle doit être respectée, appliquée et elle mènera tôt ou tard devant un juge» (F. CHANDER-NAGOR, *loc. cit.* (v. note 9), p. 54); «Utiliser la loi comme instrument de reconnaissance, de commémoration ou de pédagogie constitue un usage impropre, avec des effets tout à fait contre-productifs» (P. LAGROU, «Sanctionner pénalement les négationnistes?», *loc. cit.* (v. note 163), p. 15).

niers dépassent le cadre licite de leur quête pour s'opposer les uns aux autres et pour s'en prendre à l'entreprise historique elle-même : l'histoire en effet, par son exigence critique et sa quête incessante de vérité (...) constitue un savoir qui n'est jamais achevé; seule elle est susceptible de fournir les bases de l'intégration des mémoires partielles dans un récit collectif unifié» (177).

B. — *Les limites du jugement de l'histoire
et de l'historien*

Le juge exerce également une importante part de responsabilité dans la relation entre la mémoire, le droit et l'histoire. Il est souvent allégué, en particulier dans le cas de crimes contre l'humanité, on l'a vu, que le droit «*donne un langage à la mémoire*» et que le procès, selon les avocats de la justice reconstructive, permet de reconstituer le lien social distendu (178). Ce qui revient à dire que, pour la demande sociale qui en formule le besoin, la recherche de la vérité judiciaire constitue une alternative, plus adéquate moralement (réparation) et plus conforme socialement (reconnaissance), à la recherche de la vérité historique. C'est une proposition intéressante car elle tend à subordonner le souci du vrai au souci du bien, mais cela demeure étranger à la démarche de la recherche scientifique en histoire (179).

La responsabilité première de la justice demeure cependant d'établir la vérité judiciaire, en tranchant les litiges qui lui sont soumis sur la base des preuves factuelles dont elle dispose et des règles juridiques applicables. Dans ce cadre, lorsque le juge fait appel au contexte historique, comme dans les procès *Touvier* et *Papon*, celui-ci peut être «*déplacé*» pour se transformer en élément argumentatif de preuve (180). La raison en est

(177) J.L. BONNIOL, «Les usages publics de la mémoire de l'esclavage colonial», *loc. cit.* (v. note 142), p. 21.

(178) D. SALAS, «Juger et/ou expliquer : arguments pour un débat», Communication présentée au colloque «Vérité historique, vérité judiciaire à travers les grands procès issus de la Seconde Guerre mondiale», Ecole Nationale de la Magistrature, Paris, 2 mars 2001. Sur la justice «reconstructive», voy. *supra*, note 67.

(179) N'en déplaise à Tzvetan Todorov, d'après qui «*le travail de sélection et de combinaison [des faits par l'historien] est nécessairement orienté par la recherche, non de la vérité, mais du bien*». (T. TODOROV, *Les abus de la mémoire*, Paris, Arlea, 1998, p. 50).

(180) On a pu observer cette discordance lors des procès *Touvier* et *Papon* (qui ont été aussi bien des procès de justice pénale que des expérimentations de justice reconstructive), lesquels ont mis en avant les difficultés qu'il y avait à traduire juridiquement

simple : pour l'historien, le contexte est «*entendu comme le lieu de possibilités historiquement déterminées [et] sert à combler ce que les documents ne nous disent pas sur la vie d'une personne. Mais il s'agit là d'éventualités, pas de conséquences nécessaires; de conjectures, pas de faits avérés*» (181). Or, une fois franchi le seuil du tribunal, où seule prévaut et doit prévaloir la vérité judiciaire, le contexte est susceptible de «sauter» du conditionnel à l'indicatif, du plausible à l'effectif, de la possibilité à la preuve. L'empiètement des deux «régimes de vérité», souvent décrié, serait bénin s'il n'y avait à la base, non pas un chevauchement des méthodes, mais une confusion des usages. Par-delà l'opposition classique entre jugement de valeur et jugement de réalité, qui s'inscrit dans l'élaboration méthodologique des faits, la frontière traverse le «fait» lui-même, sa factualité. «*En droit, celui-ci est nécessairement prédéterminé*» et soumis à une qualification normative antérieure, à un «préjugement», tandis qu'en histoire, il participe au séquençage d'une réalité plus vaste (182). Ce sont ces caractéristiques de l'établissement de la vérité judiciaire qui impliquent que le juge est seul apte pour établir une responsabilité juridique ou pour accorder des dédommagements à des victimes de crimes de l'histoire. Le concours éventuel de l'historien, s'il est vraiment nécessaire (183), doit se limiter à la réunion des preuves utiles pour le juge. L'interprétation de ces preuves dans le cadre du procès ressortit à la seule compétence du magistrat. Au final, de la même manière qu'il est peu convaincant que

le «contexte» historique brossé par les historiens-témoins. Dans un cas (Touvier), le «contexte» macroscopique a été exagéré en renforçant l'hétéronomie de Vichy à l'égard de l'Allemagne nazie; dans l'autre (Papon), le «contexte» microscopique a été réduit en négligeant le poids de la «culture de la soumission» mise en exergue par Marc-Olivier Baruch pour décrire le comportement de l'administration française sous Vichy. Voy. N. WOOD, «Memory on Trial in Contemporary France», *loc. cit.* (v. note 35), pp. 48-58. Une interprétation plus nuancée est fournie par Y. THOMAS, *loc. cit.* (v. note 23), pp. 17-36.

(181) C. GINZBURG, *Le Juge et l'Historien. Considérations en marge du procès Sofri*, Paris, Lagasse et Verdier, 1997 (1^e éd. 1991), p. 116.

(182) Y. THOMAS, *loc. cit.* (v. note 23), pp. 20-23; R. ROTH, «Le juge et l'histoire», dans *Crimes de l'histoire et réparations*, *op. cit.* (v. note 79), pp. 3-11. Cette dichotomie peut cependant être nuancée vis-à-vis de juridictions particulières, telle la Cour européenne des droits de l'homme (voy. J.F. FLAUS, «L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev.trim.dr.h.*, n° 65, 2006, pp. 5-22).

(183) On peut facilement imaginer que cela soit le cas si des enquêtes particulières devaient être ordonnées dans le cadre des procès menés aux Etats-Unis par les descendants d'esclaves contre des sociétés ayant succédé aux anciennes entreprises esclavagistes, par exemple pour établir la descendance des plaignants.

l'éclairage historique dont les juges ont besoin pour aboutir à la vérité judiciaire correspondre à une quelconque vérité historique, il est peu probable que les historiens viennent s'appuyer sur les résultats de la vérité judiciaire pour départager le vrai du faux en histoire.

Autre responsabilité : dans le cadre des procès faits aux « négationnistes » ou aux historiens, on a vu que le juge cherche à s'appuyer sur l'analyse éthique et déontologique de la démarche de l'historien, à l'instar de jurisprudences constantes renvoyant à la déontologie du journaliste, aux règles de l'art de l'architecte ou de l'ingénieur, etc. Sans oublier l'importance de ce glissement pour l'historien, il nous paraît surtout primordial de souligner que ce pouvoir de contrôle du juge sur le métier d'historien, devenu indispensable pour faire front aux thèses négationnistes, selon la Cour constitutionnelle belge (voy. *infra*), n'est pas absolu. S'agissant d'un champ disciplinaire dans lequel il n'est pas lui-même expert, le juge ne pourrait constater seul de fautes déontologiques ou pénales qu'en cas d'erreur *manifeste* de l'historien. En cas de doute, à l'instar de toute autre profession, le recours à une expertise historique serait recommandé. Tel fut le cas du procès Irving, qui introduit notre dernière réflexion, sur le rôle des historiens.

C. — *Historien responsable*
de la « demande sociale » et l'histoire gardienne
de la liberté d'expression

En 1996, David Irving, qui gravitait depuis plusieurs années autour de l'IHR et avait déjà commis de nombreux ouvrages de tendance apologétique, porte plainte pour diffamation contre l'éditeur anglais de Deborah Lipstadt. Dans son dernier livre, *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*, celle-ci avait qualifié Irving de « dangereux porte-parole du négationnisme ». Selon la législation anglaise du « libel », c'est le défenseur qui a la charge de la preuve. Le procès débute le 11 janvier 2000 ; Irving comparaît seul tandis que les responsables des éditions Penguin se sont entourés d'une solide équipe de juristes et d'historiens. Le jugement est rendu exactement trois mois après l'ouver-

ture du procès par le président Charles Gray ; il se solde par la défaite du plaignant. Mais il y a plus : le juge reprocha à Irving d'avoir «*for his own ideological reasons persistently and deliberately misrepresented and manipulated historical evidence*». Il estimait en outre que le plaignant était un «*active Holocaust denier; that he is anti-semitic and racist, and that he associates with right-wing extremists who promote neo-Nazism*» (184).

La victoire des parties défenderesses fut célébrée par d'aucuns comme une victoire de la discipline historique sur le «*falsificationnisme*». D'autres, en revanche, n'y virent qu'une victoire à la Pyrrhus : Irving continuerait à être perçu comme un martyr et à être sollicité par les médias pour défendre son «*point de vue*». Aux yeux de l'historien Richard Evans, qui fut chargé d'établir l'expertise principale pour la défense, la Cour de Justice constituait, malgré son scepticisme initial, un lieu approprié pour démontrer les biais méthodologiques d'Irving et dévoiler l'intention qui les sous-tendait (185). Pour autant, il ne comprenait pas pourquoi la confusion semblait régner sur la leçon qu'il fallait tirer de cette affaire. Selon lui, le procès *Irving* n'était pas un procès sur la bonne ou mauvaise interprétation de l'histoire, il a plutôt visé à démontrer les mécanismes de la démarche négationniste. En même temps, le procès renvoyait indirectement à la pratique du métier d'historien en éclairant trois questions interdépendantes : quelles sont les limites d'un désaccord légitime entre historiens ; jusqu'où l'interprétation des historiens procède d'une lecture sélective des sources et de la bibliographie ; où s'arrête la sélection méthodologique et commence la distorsion intentionnelle des faits. Ces trois questions, concluait Evans, sont essentielles pour comprendre le métier d'historien (186).

(184) <http://www.hdot.org/denial#intro-trial> (site consulté le 28 septembre 2007).

(185) R.J. EVANS, *Telling Lies About Hitler. The Holocaust, History, and the David Irving Trial*, London, Verso, 2002, p. 196. Et ce, contrairement à l'avis de Deborah Lipszyc d'ailleurs : «*It transforms the legal arena into a historical forum, something the courtroom was never designed to be. When historical disputes become lawsuits, the outcome is unpredictable*» (D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust*, op. cit. (v. note 33), p. 219).

(186) R.J. EVANS, op. cit. (v. note 185), pp. 256-262.

Les enjeux épistémologiques, on le voit, s'entrelacent aux enjeux d'ordre éthique et déontologique. Ces questions sont relativement nouvelles pour les historiens, mais elles s'imposent à eux depuis l'accélération des tensions entre histoire, mémoire et justice. Dans son arrêt du 12 juillet 1996, la Cour d'arbitrage de Belgique (devenue Cour constitutionnelle) en explicite clairement les termes : s'il n'appartient pas au juge de statuer sur un événement historique, il se peut en revanche qu'un « *pouvoir d'appréciation soit exercé par le juge pénal qui devra déterminer, dans chaque cas, où cessent le caractère scientifique de la recherche et le souci d'objectivité dans l'information. Un tel pouvoir est nécessaire en raison de la multiplicité et de la subtilité des formes que peut emprunter l'expression des thèses négationnistes* » (187). Ceci confirme le déplacement noté plus haut du contenu vers la démarche et les conditions pratiques et institutionnelles de possibilité de la production d'un savoir historien. Ce retour doit être interprété comme une mise en demeure adressée aux historiens d'assumer jusqu'au bout la demande sociale qu'ils contribuent à exercer en jouant la carte de l'usage public et légitime de l'histoire.

Ce rôle n'est pas neuf, on l'a souligné. Mais il tend seulement à prendre une dimension collective aiguillée par l'importance (et les limites) de l'usage de l'histoire dans la sphère publique. Le philosophe Jürgen Habermas a mis en avant le fait que « *les imputations que propose l'historien pour éclairer les faits ont (...) une fonction différente selon que l'on s'y réfère à l'occasion de discussions éthico-politiques, menées entre citoyens, à ce qui constitue leur identité collective, ou dans le cadre de discussion morales ou juridiques* » (188). Cela revient à poser les premières balises d'une pragmatique de l'usage public de l'histoire et à l'axer sur les notions d'intercompréhension et d'« agir responsable ». Ce projet d'envergure, largement inspiré des tra-

(187) Cour d'arbitrage, arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996 (S. Verbeke et J. Delbouille), point B.7.17; commenté en ce sens par les juristes J. VELAERS, « Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme », *Chroniques de droit public — Publiekrechtelijke Kronieken*, 1997, pp. 573-580; F. RINGELHEIM, « Le négationnisme contre la loi », *Rev.trim.dr.h.*, 1997, pp. 120-133; O. DE SCHUTTER, S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1999, p. 596.

(188) J. HABERMAS, *De l'usage public des idées. Ecrits politiques 1990-2000* (trad. Ch. BOUCHINDHOMME), Paris, Fayard, 2005, pp. 108-109.

vaux antérieurs d'Habermas sur les transformations de l'espace public et les concepts d'agir communicationnel, n'est qu'à ses balbutiements théoriques. Mais il comporte actuellement un caractère d'urgence afin d'éviter de creuser le fossé entre sphère scientifique et publique.

Récemment, des historiens, de diverses sensibilités, se sont élevés contre la tendance à proclamer des «vérités officielles», ce qui a conduit à la rédaction de manifestes à l'intitulé explicite : «*Liberté pour l'histoire*» (France, 13 décembre 2005), «*Pléthore de mémoire : quand l'Etat se mêle d'histoire*» (Belgique, 25 janvier 2006), «*Contro il negazionismo per la libertà di ricerca*» (Italie, 23 janvier 2007) (189). Ces manifestes n'ont pas ravivé les polémiques mais ils semblent avoir été fréquemment perçus, à tort ou à raison, comme une affaire strictement «académique» ou «corporatiste», voire comme une expression de la volonté des historiens de s'approprier le monopole du champ historique au nom de leur expertise. «*L'histoire n'est pas le pré carré des historiens*» (190), a-t-on pu lire ou entendre. Mais qui le conteste ? Il y a là des confusions qui doivent être dissipées au plus vite.

C'est la raison pour laquelle les auteurs de ces lignes sont favorables à l'engagement des historiens dans ces nouveaux usages publics de l'histoire, pour répondre à la demande sociale croissante de mémoire. Cet engagement doit cependant demeurer dans le cadre d'intervention propre à la recherche historique. Il faudrait dès lors garantir la contradiction de leurs recherches en permettant à d'autres historiens d'avoir accès aux mêmes sources, de publier leurs propres interprétations, d'aborder un autre aspect du même événement, le cas échéant moyennant un délai propre à garantir le bon déroulement du procès, de la commission d'enquête ou de toute mission d'expertise concernée. Il faut permettre également à l'historien de disposer d'un recul suffisant que pour mener à bien

(189) Cette revendication représente un dénominateur commun essentiel des points de vue mis en avant dans les différents manifestes d'historiens, où certains commentateurs ont pris pour des divergences de fond, exagérées par ailleurs, ce qui était l'expression de démarcations de nature institutionnelle. Voir notamment W. ESTERSOHN, «France : l'empoignade des historiens», *Politique*, n° 47, décembre 2006, pp. 18-19; O. MONGIN, *loc. cit.* (v. note 44), pp. 148-157.

(190) Ch. DEFRAIGNE, *loc. cit.* (v. note 44), p. 23.

la mission qui lui est confiée (191). À défaut, si le secret de l'instruction doit prévaloir, si l'accès aux sources est refermé, si l'urgence de la tâche prive l'historien de tout recul, sa mission sort nécessairement de son champ de compétence.

De même, nous soutenons fermement les initiatives collectives qui, telles que le Comité de vigilance face aux usages publics de l'histoire (CVUH), sont posées à la frontière des sphères scientifiques et publiques. Si le manifeste de ce Comité semble modestement viser la création d'un lieu de rencontre entre l'enseignement de l'histoire et la recherche historique, d'une part, et à rendre accessible les questionnements et connaissances acquises par la recherche, d'autre part, il n'en demeure pas moins que le site internet du CVUH, dont on ne saurait trop recommander aux historiens la consultation régulière, fonctionne comme un véritable signal d'alerte de l'histoire, pédagogique et efficace, à l'occasion de tout nouvel usage public de l'histoire, qu'il permet de remettre en perspective et d'interpréter en connaissance de cause (192). Des initiatives similaires pourraient permettre à la communauté des historiens de s'auto-évaluer, de s'auto-contrôler, avant toute intervention du législateur ou du juge susceptibles de limiter son champ d'action, et de dénoncer par ce biais déjà les négationnismes latents et autres usages abusifs de l'histoire qu'elle constate parmi ses membres.

L'importance de la démarche historique nous paraît ainsi devoir être remise en exergue, sous le contrôle ultime du juge, pour permettre de poursuivre la recherche de la vérité historique tout en satisfaisant à la demande sociale croissante de mémoire. L'obligation de vérité qui incombe à l'historien ne constitue donc pas, en ce sens, un motif d'intervention du législateur, mais bien une limite à son action.

(191) L'enquête commandée à des historiens sur la responsabilité du bataillon néerlandais dans le massacre de Srebrenica en Bosnie-Herzégovine en 1994, aboutissant à un rapport en 2002, sort manifestement du champ de l'analyse historique.

(192) Le site internet du CVUH : <http://cvuh.free.fr>.